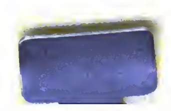

SIGILL: COLL: YALEN: NOV: PORT: NOV: ANGL:
"I give these Books
for the founding of a College in this Colony"







Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

Professor der Rechte an der Universität Berlin.

49. Heft.

---

Die

# langobardische Treuhand

und ihre

# Umbildung zur Testamentsvollstreckung

von

**Dr. Alfred Schultze,**
Privatdocenten an der Universität Breslau
und Gerichtsassessor.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
(Inhaber: M. & H. Marcus.)
1895.

# Die langobardische Treuhand

und

# ihre Umbildung

zur

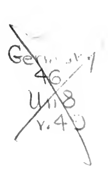
# Testamentsvollstreckung

von

**Dr. Alfred Schultze,**
Privatdocenten an der Universität Breslau
und Gerichtsassessor.



Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
(Inhaber: M. & H. Marcus.)
1895.



Wheeler
1926

# Vorwort.

Der Gedanke, dem letzten Willen einen nicht durch ein eigenes Interesse beeinflussten, unparteiischen Wächter und Vollzieher zu geben, liegt nicht so fern und hat wohl im Rechtsleben aller Völker, bei denen die Verfügung auf den Todesfall sich eingebürgert hat, in irgend einer Weise Vertretung gefunden. Den vollkommensten Ausdruck für diesen Gedanken, die Form, in welcher er vorwiegend im Recht der modernen Kulturvölker auftritt, hat das Mittelalter in Gestalt der „Testamentsvollstreckung“ geschaffen. Diese, im Kern germanisch, aus der germanischen „Treuhand“ abgeleitet, hat in kanonischen und in römischen, bei der Romanisirung hinzugetretenen Elementen die zweckdienliche Ergänzung erhalten. Alle drei Rechte haben sich hier einmal ungezwungen und, ohne dass das eine vom anderen beeinträchtigt worden wäre, zusammengefügt. Gerade dies verleiht der historischen Forschung im Bereiche der Testamentsvollstreckung ein besonderes Interesse. Es wird noch gesteigert durch den Umstand, dass das Institut mit seinen Wurzeln zugleich in das germanische Sachen-, Schuld- und Erbrecht hineinragt. Die Treuhand, namentlich in der Gestalt, die sie bei den Langobarden erhalten hat, zeigt uns diese Theile des Rechtssystems gewissermassen auf einen engen, leicht zu übersehenden Raum zusammengerückt und einem Zwecke

dienstbar gemacht. Es drängt sich die erwünschte Nothwendigkeit auf, eine Anzahl der wichtigsten in jene Gebiete gehörigen Fragen von einem Punkte aus zu betrachten, dabei die neuesten Forschungen an einem Beispiel auf ihre Richtigkeit zu erproben und sie, da es sich hier um ein noch im geltenden Recht lebendes Institut handelt, auch für die Dogmatik fruchtbarer zu machen. Dies möge die Wahl des Themas und die Art seiner Bearbeitung rechtfertigen!

Sind auch in der Arbeit Belegstellen aus den Urkunden in reichlichem Masse wörtlich angezogen, so dürfte doch der vollständige Abdruck einiger besonders bezeichnenden Urkunden im Anhang dem Verständnis förderlich sein.

Breslau, den 14. Juli 1895.

Alfred Schultze.

# Inhaltsverzeichnis.

# Verzeichnis
## der benutzten Quellen, Urkundenwerke und älteren Litteratur.

Apparatus Rolandini notarii Bononiensis clarissimi super summa notarie qui Aurora nuncupatur cum additionibus insertis Petri de Unzola notarii Bononiensis. Bononie (Henricus de colonia) 1478.

Ph. de Beaumanoir, Les coutumes du Beauvoisis, éd. par le Comte Beugnot, T. I et II, Paris 1842.

Giambattista Beltrani, documenti longobardi e greci per la storia dell' Italia meridionale nel medio evo, Roma 1877.

Benedicti (Levitae) Capitularia ed. Pertz in den Monumenta Germaniae historica, Legum Tomus II Pars 2 p. 39 ff.

Brunetti, Codice diplomatico Toscano, Parte II Tomo I, Firenze 1833.

Bruns, Fontes iuris romani antiqui, ed. IV, Tubingae 1879.

Capitularia regum Francorum, ed. Boretius in Mon. Germ. Legum sectio II Tomus I.

Cartulaire de l'abbaye de Redon en Bretagne ed. De Courson, Paris 1863, in den documents inédits sur l'histoire de France.

Cartularium Langobardicum ed. Boretius in den Monumenta Germaniae historica, Legum Tomus IV p. 595 ff.

Chartarum Tomus I, II in den Historiae patriae monumenta, Augustae Taurinorum 1836, 1853. (Abk.: **Chart. I, II.**)

Codex diplomaticus Cavensis cur. Morcaldi, Schiani, S. de Stephano, Vol. I—VIII Neapoli 1873—93. Vol. I enthält nr. 1—210, vol. II nr. 211—458, vol. III nr. 459—536, vol. IV nr. 537—707, vol. V nr. 708—869, vol. VI nr. 870—1056, vol. VII nr. 1057—1234, vol. VIII nr. 1235—1388. (Abk.: **C. C.**)

Codex diplomaticus Langobardiae in den Historiae patriae monumenta, Tomus XIII, Augustae Taurinorum 1873 (Abk.: **H. P. M. XIII**).

Codice diplomatico Laudense per Cesare Vignati in der Bibliotheca bistorica italica cura et studio societatis Longobardicae historiae studiis promovendis, Mediolani. Parte I: Laus Pompeja (Bibl vol. II) 1879. Parte II: Lodi nuovo (Bibl. vol. III und IV) 1883, 1885.

Codice diplomatico Padovano dall' anno 1101 alla pace di Costanza (1183), Venezia, Parte I 1879 (nr. 1—646), Parte II 1881 (nr. 647—1541) in den Monumenti storici publicati dalla r. deputazione Veneta di storia patria, Ser. I: Documenti, Vol. IV, VI

Corpus iuris canonici ed. Friedberg.

Corpus iuris civilis ed. Krueger, Mommsen, Schoell, Kroll.

Corpus iuris civilis glossatum, Lugduni 1604.

Decretales Gregorii Noni Pont. Max. cum Glossis ordinariis, Venetiis 1572.

Dronke, Codex diplomaticus Fuldensis, Cassel 1850.

D. G. Durandi (Durantis) episc. Mimatensis Speculum juris, cum Joan. Andreae, Baldi, reliquorumque clarissimorum i. u. Doctorum visionibus hactenus addi solitis, Francofurti 1612. Der in lib. II partic. II tit. „de instrumentorum editione“ § 13 (S. 331 ff.) enthaltene Tractat „de ultimarum voluntatum executoribus“ ist nach den im Text, nicht nach den am Rande stehenden Nummern citirt.

Edictus Langobardorum ed. Bluhme in den Monumenta Germaniae historica, Legum Tomus IV.

Erfurthische Statuten von 1306 in C. F. Walch's Vermischten Beyträgen zu dem deutschen Recht, Theil I, Jena 1771.

Fantuzzi, Monumenti Ravennati de' secoli di mezzo, Venezia 1801 ff.

Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, Bd. IV: Urkunden zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, Innsbruck 1874

Formulae Merowingici et Karolini aevi ed. Karolus Zeumer in den Monumenta Germaniae historica, Legum sectio V.

Gaudenzi, Un antica compilazione di diritto Romano e Visigoto con alcuni frammenti delle legge di Eurico 1886, abgedruckt von Zeumer im Neuen Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde Bd. 12 S. 389 ff.

Glanvilla, Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae ed. Phillips, Englische Reichs- und Rechtsgeschichte, Bd. II Anhang.

Hortzschansky und Perlbach, Lombardische Urkunden des 11. Jahrhunderts aus der Sammlung Morbio auf der Königlichen Universitätsbibliothek zu Halle. Halle 1890.

Hostiensis Lectura s. Apparatus super quinque libris decretalium, 2 voll., Parisiis 1512.

Hübner, Gerichtsurkunden der fränkischen Zeit (Regesten), Abth. 2: Die Gerichtsurkunden aus Italien bis zum Jahre 1150, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 14, Germanistische Abtheilung, Anhang.

Jacobi de Arena Parmensis commentarii in universum ius civile, Lugduni 1541, fol. 237 ff.: Distinctiones super Codice.

Innocentii Quarti Pontif. Max. in quinque libros decretalium commentaria. Ex secunda editione. Francofurti ad Moenum 1579.

Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte, Würzburg, Heft I 1883, Heft II 1885.

Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 6. Aufl. (Frensdorff) Berlin u. Leipzig 1886.

Lex Alamannorum ed. Karolus Lehmann in den Monumenta Germaniae historica, Legum sectio I Tom. V Pars I.

Lex Baiuwariorum ed. Merkel in den Monumenta Germaniae historica, Legum Tomus III.

Lex Ribuaria ed. Sohm in den Monumenta Germaniae historica, Leges V.

Lex Salica, herausgegeben von J. Fr. Behrend, Berlin 1874.

Liber consuetudinum Mediolani anni 1216 ed. Berlan, Mediolani 1868.

Liber legis Langobardorum Papiensis dictus ed. Boretius in den Monumenta Germaniae historica, Legum Tomus IV (Abk.: **lib. Pap.**).

Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus, herausgegeben von Ang. Anschütz, Heidelberg 1855.

Longobardorum leges cum glossis Caroli Tocci in Corpus iuris glossatum, Band: „Volumen", Lugduni 1562, col. 895 ff.

Joh. Christ. Lünig, Codex Italiae diplomaticus, Tomus III, Francofurti et Lipsiae 1732.

Lupo, Codex diplomaticus civitatis et ecclesiae Bergomatis. Bergomi 1784.

Mansi, Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio, Florentiae 1759 ff.

Meichelbeck, Historiae Frisingensis Tom. I Aug. Vind. 1724, pars 2 (instrumentaria).

Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca, Lucca, Tomo IV Parte I 1818, Tomo IV Parte II und dazu Appendice 1836, Tomo V Parte II 1837, Parte III 1841 (Abk.: **Ml.** $\mathbf{IV^1}$, $\mathbf{IV^2}$, $\mathbf{IV^2}$ **app.**, $\mathbf{V^2}$, $\mathbf{V^3}$).

Muratori, Antiquitates italicae medii aevi, Mediolani 1738 ff.

Odofredi iuris utriusque professoris eximii uberrima super Justiniano codice lectura, Tridini 1514.

G. B. Palmieri, Appunti e documenti per la storia dei glossatori I, „Formularium tabellionum" di Irnerio, Bologna 1893.

Petri exceptiones legum Romanorum ed. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. II Anh. I A.

Rainerii de Perusio ars notaria ed. Gaudentius in der Bibliotheca iuridica medii aevi, Vol. II 1892 S. 25 ff.

Regesto di Farfa compilato da Gregorio di Catino e publicato dalla società romana di storia patria a cura di J. Giorgi e U. Balzani, Vol. II—V Roma 1879—92. Vol. II enthält nr. 1—299, vol. III nr. 300—601, vol. IV nr. 602—996, vol. V nr. 997—1324. (Abk.: **R. F.**)

Rofredi Beneventani solennis atque aureus tractatus libellorum super utraque censura, Argent. 1502.

Rolandini Rodulphini Bononiensis Summa artis notariae, cum luculentissima Petri de Boateriis Bononiensis in eandem Summam expositione Lugduni 1559.

Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du V$^e$ an X$^e$ siècle, 3 Bde. 1859—71. (Abk.: **Rozière**).

Schannat, Corpus Traditionum Fuldensium, Lipsiae 1724.

Statuta civitatis Mutine anno 1327 reformata in den Monumenti di storia patria delle provincie modenesi, Serie degli statuti, Tomo I, Parma 1864.

Statuta communitatis Novariae v. 1277 ed. Ceruti. Novariae 1879.

Statuta et privilegia civitatis Niciae in den Historiae patriae monumenta, Leges Municipales, Aug. Taurinorum 1838.

Statuta Venetiarum de anno 1242. Ausgabe des Audreas Trivisanus: Venetiis 1548. (Die dort angegebene Jahreszahl „1252" ist verdruckt).

Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo raccolti ed illustrati per cura del prof. Francesco Bonaini, Firenze 1854 ff.




Statuti della città di Roma ed. Camillo Re, Roma 1880.
Troya, Storia d'Italia del medio-evo, Vol. IV: Codice diplomatico Longobardo, Napoli 1852 ff. Theil 1 und 2 enthalten nr. 1—350, Theil 3 nr. 351—534, Theil 4 nr. 535—724, Theil 5 nr. 725—995 (Abk.: **Troya**).
Giambattista Verci, Storia della Marca Trivigiana e Veronese, Venezia 1786 ff. (die Dokumente in den Anhängen zu den einzelnen Bänden sind durchlaufend gezählt).

---

In den Citaten aus den Urkundenwerken bedeutet die erste deutsche Ziffer, soweit nichts Anderes ersichtlich ist, die Nummer, die zweite, in Klammern gesetzte das Ausstellungsjahr der Urkunde.

---

## Berichtigungen.

Zu S. 55 Anm. 9 Zeile 2: $V^2$ 609 statt $IV^2$ 609.
Zu S. 87 Anm 31 Zeile 3: nr. 144 statt nr. 385.
Zu S. 114 Anm. 32 Zeile 1: $IV^1$ 101 statt $IV^2$ 101.
Zu S. 143 Anm. 39 Zeile 4: Vor 1259 (939) ist „$V^{3}$" einzuschieben.
Zu S. 146 Anm. 5 Zeile 2: ebenso.

# Einleitung.

## § 1.

Die Lehre von den Testamentsvollstreckern birgt eine Anzahl ungelöster Fragen. Namentlich hat man, wie auch die Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages[1]) zeigen, sich bisher nicht über die Grundfrage nach der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers einigen können. Die Entwicklungsgeschichte des Instituts ist für die Lösung noch lange nicht in genügendem Masse ausgebeutet. Im gemeinrechtlichen Bereich ist man rückwärts nicht über den ausführlichen Traktat des Durantis im Speculum iuris hinausgelangt. Beseler, der für die Aufhellung in dogmatischer und geschichtlicher Hinsicht das Meiste gethan hat, macht mit Durantis den Anfang, „der in dieser Lehre auch für Bartolus und Baldus die wichtigste Autorität gewesen sei".[2]) Die Sätze des Durantis sind, wie dieser selbst mehrmals zu erkennen giebt, ein Niederschlag der zu seiner Zeit in der gerichtlichen Praxis beobachteten Regeln. Sie zeigen das Institut in einem bereits weit fortgeschrittenen Grade der Entwicklung und beweisen dadurch, dass es damals schon eine reiche Vergangenheit, eine lange Übung in der Praxis hinter sich hatte. Wir ahnen auch einen Zusammenhang mit der alten germanischen, bis in die lex Salica (Tit. 46: Affatomie) hinaufreichenden Einrichtung der Salmannen. Über diese sind wir, was die fränkische Zeit und das Recht in Deutschland anlangt, durch Beseler,[3]) Joh. Merkel,[4]) Stobbe,[5])

[1]) Drucksachen Bd. 1, S. 1—54 und 3, S. 223—259, 435—441.
[2]) Zeitschr. f. deutsches Recht 9, S. 157.
[3]) Erbverträge I, §§ 15, 16.
[4]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. 2, S. 146—152.
[5]) ebendas. 7, S. 405 ff.

Bewer[6]) und Heusler,[7]) ferner durch die Schriftsteller über die Affatomie — neuerdings R. Schmidt[8]) — und über die Vergabungen auf den Todesfall — namentlich Hübner[9]) — gut unterrichtet. Und auch der Treuhänder des deutschen Mittelalters hat in Albrecht's „Gewere",[10]) in Pauli's Abhandlungen aus dem lübischen Recht[11]) und bei Stobbe[12]) und Heusler[13]) die verdiente Berücksichtigung gefunden. Allein viel bleibt zu thun übrig. Einmal hat man — das gilt namentlich für die fränkische Zeit — aus der weitverzweigten Gattung der Salmannen oder Treuhänder den in den Dienst des letzten Willens gestellten nicht genügend herausgehoben. Die ihn von den übrigen Arten der Gattung unterscheidenden Merkmale, seine Beziehungen gerade zum letzten Willen sind oft nicht mit derjenigen Schärfe betont worden, welche für die Erkenntnis der geschichtlichen Wurzeln der Testamentsexekution wünschenswerth ist. Sodann und vor Allem ist bisher wenig geschehen für die Aufhellung des Zusammenhanges zwischen der germanischen Lehre vom Salmann oder Treuhänder und der romanisirten Lehre vom Testamentsvollzieher. Daher kann noch einer der jüngsten Schriftsteller über den Gegenstand[14]) behaupten, „von irgend welcher Einwirkung deutschen (richtiger germanischen) Rechts zeige sich bei Durandus nirgends eine Spur", und „für die verbreitete Annahme, dass aus dem Institut der Salmannen sich dasjenige der Testamentsvollstrecker entwickelt habe, fehle es an jedem Anhalt". Daher kommt es, dass für die Dogmatik des heutigen Institutes die in der Lehre vom Salmann oder Treuhänder enthaltenen germanischen Rechtsgedanken bisher

---

[6]) Sala Traditio Vestitura S. 71—78.

[7]) Institutionen des deutschen Privatrechts I, § 49.

[8]) Die Affatomie der lex Salica 1891.

[9]) Die donationes post obitum etc (Gierke's Unters. Heft 26) S. 43 ff., 105 ff.

[10]) § 23

[11]) III, §§ 16, 17; dazu Beseler, Ztschr. f. deutsches R. 9, S. 144 ff.

[12]) Handbuch des deutschen Privatrechts V, § 308.

[13]) Inst. II, § 202.

[14]) Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht (Hamburg 1893), S. 79 und 80.

noch ganz unverwerthet geblieben sind.[15]) Hier ist also eine Lücke, die dringend der Ausfüllung bedarf, und der Punkt, wo die vorliegende Arbeit einsetzen will.

Sie wählt sich zum Gegenstande die Entwicklung im langobardisch-italienischen Rechtsgebiet von den germanischen Anfängen bis zu Durantis (Ende des 13. Jahrhunderts). Für diese Wahl sprechen folgende Gründe:

1. Wenn die ganze Vorgeschichte der Lehre des Durantis aufgedeckt ist, so sind damit auch für das deutsche gemeine Recht und die deutschen Partikularrechte, die aus dem gemeinen Recht geschöpft haben, die geschichtlichen Grundlagen des Instituts im Wesentlichen klargelegt. Für die übrigen deutschen Partikularrechte dagegen kann die Untersuchung nur mittelbaren Werth haben, da bei diesen die Nachwirkung besonderer, von den langobardischen abweichender Entwicklungselemente nicht ausgeschlossen ist.

2. Für das gewählte Rechtsgebiet steht ein sehr reichhaltiges Urkundenmaterial zu Gebote, das sich gleichmässig über den ganzen gewählten Zeitraum vertheilt und dessen Hebung ausserdem bei dem Vorhandensein grosser gedruckter Sammlungen nicht zu schwierig ist.

3. In Italien hat sich — wie in Frankreich —, anders als in Deutschland, die Verschmelzung germanischer und römischer Rechtsgedanken allmählich und natürlich vollzogen. Es eröffnet sich daher hier ein tieferer Einblick in die Art, wie durch die Romanisirung das germanische Recht in unserer Lehre beeinflusst worden ist.

Indem die Untersuchung die Geschichte der Testamentsexekution aufhellt, verbreitet sie zugleich Licht über die Geschichte der an eine vorhandene Person angelehnten, fiduziarischen (Kohler)[16]) oder unselbständigen (Regelsberger)[17]) Stiftung.

---

[15]) Man vergleiche z B selbst Beseler (Ztschr. f. d. R. 9, S. 211.), der die Ableitung des Besitzergreifungsrechtes des Exekutors aus der Gewere des Salmannes eine „weit hergeholte Begründung“ nennt, deren es „auch gar nicht bedürfe“.

[16]) Archiv f. bürgerl. Recht 3, S. 268 ff.

[17]) Pandekten I, § 87.

Denn beide Institute, aus derselben Wurzel herausgewachsen,[18]) bleiben in Italien während der hier behandelten Zeit eng mit einander verbunden; es macht keinen wesentlichen Unterschied, ob die Thätigkeit des Vollziehers zeitlich begrenzt oder auf die Dauer angelegt ist.

Mit unserem Gegenstande haben sich italienische Schriftsteller nur beiläufig befasst. Pertile führt in seiner „Storia del diritto italiano"[19]) die Entwicklung von der Langobardenzeit bis zur Neuzeit durch und berücksichtigt insbesondere auch die italienischen Stadtrechte des Mittelalters. Neuerdings hat Palumbo in seiner Schrift „Testamento romano e testamento longobardo"[20]) in den §§ 62—64 den Vollstreckern des letzten Willens eine sich nur auf das langobardische Recht beschränkende Erörterung gewidmet. Beide Schriftsteller bringen reiches, interessantes Material und schätzenswerthe Beiträge, sind aber nicht, wie dies wohl auch nicht in ihrer Aufgabe lag, erschöpfend und verzichten auf den juristischen Aufbau des Instituts.

---

[18]) Etwas Ähnliches ist nach ihrer rechtlichen Bedeutung die Beitragsspende für einen gemeinnützigen Zweck zu Händen eines Sammlers oder eines Komitees. Vgl. darüber Regelsberger a. a. O. und Streifzüge im Gebiet des Civilrechts in der Göttinger Festgabe für Ihering 1892, S. 70 ff.; Krückmann im Arch. f bürgerl. R. 8, S. 68 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht I, § 80 N. 43. Auch nach dieser Richtung kann die Untersuchung vielleicht förderlich sein.

[19]) § 123, Bd. IV. (1874), S. 31—44.

[20]) Lanciano 1892, S. 377—394.

# Erster Theil.

# Das langobardische Recht.

## Erster Abschnitt.

### Die letztwilligen Verfügungen und ihre Entwicklung.

Für die richtige Erfassung der Treuhand zu letztwilligen Zwecken ist es die erste Voraussetzung, dass wir uns über die Natur der letztwilligen Verfügungen im langobardischen Recht und über die etwaigen Wandlungen, die im Laufe der Zeit sich hierin vollzogen haben, zuverlässige Aufklärung verschaffen. Ausführlich hat darüber Palumbo[1]) gehandelt. Seine Darlegungen, gestützt auf eine umfassende Kenntnis der Quellen, sind sehr verdienstvoll und auch für das Recht in Deutschland von hohem Interesse. Da ich ihm aber in manchen Punkten, darunter dem für unser Thema wichtigsten, nicht zustimmen kann, ist hier eine selbständige Untersuchung über die langobardischen letztwilligen Verfügungen nicht zu umgehen.

Der Gang der Rechtsentwicklung im Allgemeinen ist ein ähnlicher wie bei den übrigen germanischen Stämmen: Zuerst nur ein auf Blutsverwandtschaft gegründeter Erbgang von Rechtswegen: dann gegen die Ausschliesslichkeit dieses Prinzips ein langer und schwerer Kampf zu Gunsten der letztwilligen Verfügungen. Die mächtigsten Stützen in diesem Kampfe sind in Italien einmal die Kirche und die in ihrem Banne stehende Gedankenwelt, ferner das Vorbild des römischen, von der römischen Bevölkerung des Langobardenreichs weiter angewendeten[2]) Testaments. Der Kampf wird gleichzeitig auf zwei Seiten ge-

[1]) a. a. O. Abschnitt V—IX, S. 159—376.

[2]) vgl l. 90 (91) Liutprandi.

führt. Auf der einen gilt es, dem alten nationalen Recht die geeigneten Formen für die letztwilligen Verfügungen abzugewinnen; auf der anderen handelt es sich darum, das Vermögen von der materiellen Gebundenheit an die Rechte der Blutserben möglichst frei zu machen. Die folgende Skizze hat es nur mit der ersten Seite zu thun, da hier die Punkte liegen, welche für unsere Hauptaufgabe von grundlegender Bedeutung sind.

## § 2.

## I. Thinx und Donatio pro anima.

Die älteste langobardische Rechtsform, welche geeignet war, einer über den Tod hinausreichenden Bestimmung auf vermögensrechtlichem Gebiete Ausdruck und Wirksamkeit zu verleihen, war das Thinx oder Gairethinx.[1] Es ruht auf rein germanischen Rechtsgedanken, ist noch seinem Wesen nach unberührt von kirchlichen und römischen Einflüssen, wenn auch die gesetzliche Fassung, die es in den cap. 168—174 des Edictus Rothari erhalten, mit der lateinischen Sprache römische Rechtsausdrücke aufgenommen hat. Ursprünglich ein familienrechtlicher Akt — Adoption in Gestalt der altgermanischen Wehrhaftmachung —, ist es, in die Sphäre des Vermögensrechtes gerückt, für den Erbenlosen zu einem Mittel geworden, sich künstlich einen Leibeserben zu schaffen (adoptio in hereditatem.) Es verbindet sich nämlich mit der Adoption die Übereignung des gesammten Vermögens oder einer Quote an den Adoptandus in Form der sachenrechtlichen (germanischen) donatio. Das Ganze stellt sich dar als eine Schenkung des Vermögens zu dem Zwecke, in dem Beschenkten einen Erben zu haben. Und da die Schenkung, wie überhaupt die (germanische) traditio, von Alters her die Hinzufügung unmittelbar dinglich wirksamer

[1]) Darüber reiche Litteratur. Vgl. namentlich Pappenheim, Launegild und Garethinx (Gierke's Unters. Heft 14), Heusler, Instit. II, § 194, Schröder, in Ztschr. der Sav.-St., Bd. 7, German. Abthl., S. 53 ff. und in seinem Lehrbuch der deutschen Rechtsgesch. (2. Aufl.) S. 329, Palumbo, a. a. O. S. 250—300 und jetzt in erster Linie F. Schupfer, thinx e affatomia (Sep-Abdr. aus den Berichten der Reale Accademia dei Lincei. Roma 1892), wo das Institut erschöpfend und durchsichtig dargestellt ist

Modalitäten gestattet,[2]) so wird es möglich, durch einen entsprechenden Vorbehalt (cap. 173 Roth.: „et dixerit in ipso thinx *lidinlaib*, idest, quod in die obitus sui reliquerit") die Wirkungen jener Uebereignung an den Adoptandus bis zum Tode des Adoptans aufzuschieben.[3]) So liegt eine Universalsuccession[4]) begründende Verfügung auf den Todesfall vor, welche aber, anders als das römische Testament, in einem zweiseitigen, unter bestimmten Formalitäten öffentlich — früher vor dem Volk oder König, dann wenigstens „ante liberos homines" (cap. 172 Roth.) — abgeschlossenen Rechtsgeschäft zur Erscheinung kommt und grundsätzlich[5]) unwiderruflich ist.

Das Thinx war unanwendbar für Zuwendungen einzelner Sachen. Hierfür gab es die gleichfalls uralte donatio per launegild (cap. 175 Roth.), das sachenrechtliche, in der schenkungsweisen Uebereignung bestehende, zweiseitige Rechtsgeschäft, dessen volle Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit abhing von der Zug um Zug erfolgten Hingabe eines geringfügigen Gegenstandes als formellen Entgelts seitens des Beschenkten an den Schenker.[6]) Dieses Geschäft kam in frühester Zeit sicher nur in der Weise vor, dass es bei Lebzeiten des Schenkers verwirklicht wurde, nicht als Vergabung auf den Todesfall. Für eine solche liess das Prinzip der gesetzlichen Erbfolge keinen Raum. Der Grund, welcher allein zur Zulassung der Erbenschaffung mittelst donatio per gairethiux geführt hatte, die Erbenlosigkeit, konnte ein gleiches Abgehen vom Prinzip in

---

[2]) Hierüber noch eingehend unten § 11.

[3]) Die Ansicht Pappenheim's a. a. O., S. 47 ff., dass das Thinx immer diese Wirkung gehabt habe, also nur als Rechtsgeschäft auf den Todesfall vorgekommen sei, ist durch Palumbo a. a. O., S. 256—262 und Schupfer, S. 17 ff. widerlegt.

[4]) Das Thinx begründet immer eine Universalsuccession. Die früher von Einigen vertheidigte Meinung, dass es auch für Schenkungen einzelner Sachen als Rechtsgewand habe dienen können, kommt gegenüber den Ausführungen von Pappenheim S. 69 ff., Heusler S. 624, Palumbo S. 252 f. und 264, Schupfer S. 14 ff. nicht mehr in Betracht.

[5]) Ausnahme bei ingratitudo des Thingatus: cap. 174 Roth. Von Rechtswegen wird das Thinx beseitigt durch Nachgeburt von Kindern: cap. 171 ibid.

[6]) Val de Lièvre, Launegild und Wadia; derselbe, Revision der Launegildstheorie in Ztschr. d. Sav.-St, Bd. 4, Germ. Abthl. S. 15 ff.

Bezug auf Einzelzuwendungen nicht rechtfertigen. Dazu bedurfte es erst eines neuen, gewaltigen Anstosses. Er ging von der Kirche aus. Nach dem Tode des Königs Rothari hatte der Katholizismus unter den bis dahin arianischen Langobarden mehr und mehr Fortschritte gemacht, bis er unter König Liutprand endgültig und vollständig siegte. In entsprechendem Masse hatten die Vergabungen zu Gunsten der Kirche zugenommen.[7]) Mochten sie sich zunächst auf launegildsbedürftige donationes inter vivos beschränkt haben, so erwachte doch bald das Bedürfnis, auch auf den Todesfall, unter Fortbehalt des lebenslänglichen Genusses, Zuwendungen zu frommen Zwecken machen zu können, ein Bedürfnis, für dessen Erfüllung zu sorgen, die Kirche selbst das lebhafteste Interesse hatte, da sie davon mit Recht eine allgemeine, erhebliche Verstärkung des Antriebs zu Seelgiften erwarten durfte. In solcher Weise unterstützt, wusste sich dieses Bedürfnis in der That im Rechtsleben Geltung zu verschaffen. Seit der Regierungszeit Liutprands (712—744) wurden, wie die bei Troya abgedruckten Urkunden ergeben, in stetig wachsender Zahl Vergabungen an die Kirche in der Art vorgenommen, dass der Schenker entweder zwar alsbald voll wirksames Eigenthum, aber unter Vorbehalt des lebenslänglichen Niessbrauchs oder (nach dem Vorbild des Thinx lidinlaib) ein von vornherein in seiner Wirksamkeit bis zu seinem Tode suspendirtes Eigenthum übertrug.[8]) Es waren dieselben beiden Typen, donatio reservato usufructu und donatio post obitum, wie sie uns auch bei den übrigen germanischen Stämmen, dort ungefähr um die gleiche Zeit auftauchend,[9]) in reichster Fülle begegnen.[10]) Hatten sie aber bei den Langobarden, nicht anders

[7]) Darüber eingehend Palumbo S. 276—285.

[8]) Die beiden Fälle hat schon Miller in Ztschr. f. R. G. Bd. 13 S. 99 richtig gegen einander abgegrenzt. Beispiele für donationes reservato usufructu: Troya nr. 620 (748), 695 (755), 696 (755), 716 (757), 717 (757), 861 (766), 910 (769), 911 (769) u. a., für donationes post obitum: Troya nr. 527 (740), 603 (747: „nam . . . donandi vendendi dum advixero . . . in mea set potestate"), 640 (750), 867 (767); R. F. nr. 47 (761), 108 (777) u. a.

[9]) Donatio reservato usufructu schon in Markulfi Formulae II, 3 und 6 (ed. Zeumer) = Rozière 215 und 213.

[10]) Für das deutsche Rechtsgebiet eingehend behandelt von Hübner die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs im älteren deutschen Recht (Gierke's Unters. Heft 26).

als die vorbehaltlosen donationes an die Kirche, ursprünglich zu ihrem Rechtsbestande der Launegildsform bedurft, so änderte sich dies schon unter Liutprand. Er beseitigte im Jahre 726 für alle Fälle, „si in ecclesiam aut in loca sanctorum aut in exenodochio pro anima sua aliquit quiscumque donaverit“, mochte die Vergabung inter vivos oder mortis causa erfolgen, die Nothwendigkeit jener Form (cap. 72 (73) Liutpr.), nicht ohne dass dabei der ihr zu Grunde liegende, tiefeingewurzelte Onerositätsgedanke immer noch in dem Gedanken an die durch die Schenkung erlangte Anwartschaft auf die himmlischen Güter zu seinem Rechte kam.[11]) So war die Donatio pro anima (Liutpr.: „eo quod pro anima factum est“), die Seelgift, als ein besonderes, von der launegildsbedürftigen Schenkung losgelöstes Rechtsgebilde entstanden. Sie begriff zunächst nach dem Wortlaut des Liutprandschen Gesetzes von Vergabungen auf den Todesfall nur solche, die zu Gunsten der Kirchen oder frommen Anstalten erfolgten. Aber allmählich fielen darunter auch auf den Tod gestellte Vergabungen zu Gunsten von Laien, Verwandten, Freigelassenen, Freunden, anfangs wohl unter der Voraussetzung, dass sie mit Vergabungen der ersteren Art verbunden waren,[12]) dann auch ohne dies, indem der Gedanke lebendig wurde, dass die Fürsorge für die Zeit nach dem Tode schon an und für sich selbst ein frommes Werk sei.[13])

Für letztwillige Verfügungen standen also zu Gebote auf der einen Seite das Thinx mit dem Erfolge der Universalsuccession, auf der anderen die Donatio pro anima mit dem Erfolge der Singularsuccession in die einzelne geschenkte Sache. Unberührt von beiden Seiten blieb der Fall, dass jemand über sein ganzes Vermögen oder eine Quote schenkungsweise auf den Todesfall

---

[11]) Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 10 f.

[12]) Vgl. Miller a. a. O., S 101, auch N. 159. Ueber die Art dieser Verbindung vgl. unten § 4.

[13]) Vgl. die in C. C. n. 602 (1008) inserierte Vergabung des Rodelghis v. 961 (T. IV p. 107): „bolo enim in primis hoc disponere et iudicare pro anima mea, ut mulier nomine lea, que est commatre mea (weil Rodelghis ihren Sohn aus der Taufe gehoben hat), et iufantulum filium eius nomine bisantulo . . . . abeant . . . .“, ferner Lombarda-Kommentare ed. Anschütz p. 105 (Albertus zu II, 15): „nisi pro anima sua alicui privato vel venerabili loco quis eam (sc. donationem) faciat“.

verfügen wollte, ohne dem Beschenkten die Stellung eines Leibeserben zu geben. Und doch lag auch dieser Fall nicht ausser Gesichtsweite. So mochte z. B. nicht selten ein Geistlicher[14]) die Absicht haben, der Kirche, an der er wirkte, sein gesammtes Gut zu hinterlassen. Hier war das Thinx mit seinen Adoptionsformen wenig am Platze. Die Kirche als Adoptivsohn mit allen Rechten und Pflichten eines leiblich gezeugten Sohnes zu behandeln, musste ungereimt erscheinen, obschon in der That eine alte Urkunde (von 713)[15]) darauf hindeutet, dass mangels eines besseren dieser Weg nicht unbeschritten blieb. Die Entwicklung drängte daher schon frühe dahin, die Vergabung des ganzen Vermögens oder einer Quote an Kirchen oder fromme Anstalten unter Befreiung von der Thinx-Form und der mit dieser für den Bedachten verbundenen Erbenqualität zuzulassen, und sie erlangte dafür auch die Sanktion des Edikts in ebenderselben Vorschrift des Königs Liutprand (cap. 72 (73) Liutpr.), deren wir oben gedacht haben („quia in loga sanctorum aut in exeneodochio nec thinx nec launegild impedire devit"). Wir begegnen denn auch in der That auf unseren Wanderungen durch die Urkundensammlungen häufig Gesammt- oder Quotenvergabungen auf den Todesfall, und zwar in der Folgezeit nicht blos solchen zu frommen Zwecken, sondern auch solchen zu Gunsten von Laien,[16]) ohne dass des Gairethinx Erwähnung geschieht, und ohne dass der Bedachte als Erbe, als Universalsuccessor erscheint.[17]) Gesammt- und Einzelvergabung auf den

[14]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 265: Geistliche übereignen ererbte Grundstücke, ebenso mithin einen solche Grundstücke enthaltenden Vermögenskomplex, nach ihrem Geburtsrecht, auch wenn sie nicht nach diesem, sondern nach römischem Rechte leben. Vgl. ebendas. S. 269 f.

[15]) Troya nr. 394: „Ecclesia S. Petri quam mihi heredem constitui". Dazu Schupfer a. a. O. S. 21. Der Ausdruck „heredis instituere", in Bezug auf das Thinx gebraucht, findet sich in cap. 105 Liutpr.

[16]) Erweiterter Begriff des „pro anima facere". vgl. oben. Die in N. 13 citirte Stelle aus den Lombarda-Kommentaren bezieht sich gerade auf die „donatio universitatis".

[17]) Beispiele: Troya nr. 423 (719, also schon vor der lex 72 Liutpr.), 659 (752), 711 (757, es heisst hier am Schluss: „vel quidquid habere visus fuero vel moriens derelinquo"), 726 (759), 745 (760), 805 (763), 829 (764), 890 (768), 921 (770), 922 (770), 947 (772); H. P. M. XIII 54 (776: „per presentem cartolam confirmo omnem adrefacoltatola (Vermögen) mea post obitum meum, in quod relinquero, ut stet in suprascr. ecclesia sancti Ambrosii . . .").

Todesfall waren damit in eine Linie gerückt; für die Rechtswirkung der Verfügung war es nunmehr gleichgültig, ob man sagte: „Du sollst nach meinem Tode meinen ganzen Nachlass haben" oder unter Aufzählung aller Bestandtheile des Vermögens: „Du sollst nach meinem Tode die und die (einzeln genannten) Stücke haben", wie denn auch die Urkunden, die sich der zweiten Redeweise bedienen, manchmal nur durch beiläufige Wendungen verrathen, dass es sich um eine Vergabung des ganzen Vermögens handle. Beide Arten fielen mithin gleichmässig unter die lediglich eine Singularsuccession herbeiführende Donatio pro anima. Beide stellten sich als blosse sachenrechtliche, von der Launegildsform dispensirte Schenkungen dar. Das Thinx, welches mit den sachenrechtlichen Wirkungen Adoptions- und Erbrechtswirkungen verband, trat mehr und mehr zurück. Es wurde nur noch da angewendet, wo es dem Thinganten gerade um die Adoption zu thun war;[18]) auf dem Gebiete der letztwilligen Verfügungen war es dagegen durch die Donatio pro anima ersetzt.[19])

Die hiernach das Feld behauptenden letztwilligen Sachvergabungen waren als zweiseitige, sachenrechtliche Uebereignungsgeschäfte an und für sich unwiderruflich. Das war bei der donatio reservato usufructu ganz selbstverständlich. Denn hier ging schon durch den Abschluss des Geschäfts das Eigenthum mit voller Wirksamkeit über. Es galt aber auch für die donatio post obitum, ebenso wie cap. 174 Roth. es für das in diesem

[18]) Vgl. die Beispiele bei Schupfer a. a O., S 28 u. 23 f., nämlich Troya n. 929 (770): „in omnibus vos mihi succidatis tamquam si de semine meo procreati fuissitis, et in omnia . . . . mihi heredes legitimi succidatis", Muratori, Ant. Ital. VI Sp. 405 (783): „sibi per cartolam adoptivum filium heredem et successorem confirmavit", C. C. nr. 368 (984), 400 (988), 675 (1014: „et Mari cognato meus que per firma cartula de antea affiliabi in omnibus rebus et causa mea stabile et mobile talem sortionem, quale et ipse Johannes clericus filio meus").

[19]) Aehnlich Val de Lièvre, Ztschr. d. Sav.-St. Bd. 4. G. A. S. 28. Anders sieht Palumbo S. 289 ff. die Sache an, indem er die donationes post obitum und die donationes reservato usufructu als modifizirte Fortsetzungen der thingationes betrachtet. Er vergisst dabei die dem Thinx wesentlichen Elemente der Adoption und der Universalsuccession. Vgl. über den verwandten Entwicklungsgang im deutschen Recht: Heusler, Inst. II, S. 624—629.

Punkt analoge Thinx lidinlaib ausdrücklich bestimmt hatte. Denn war hier allerdings der Eigenthumsübergang bedingt, so war er doch einzig und allein durch den Tod des Schenkers bedingt; trat dieser ein, so erwuchs dem Beschenkten aus einer unentziehbaren Anwartschaft ohne Weiteres ein voll wirksames Eigenthum.[20]) Indessen eröffnete die donatio post obitum, im Gegensatz zur donatio reservato usufructu, durch ihre Struktur selbst die Möglichkeit, durch besonderen Vorbehalt eine Art Widerruflichkeit festzusetzen. Man brauchte nur der schon in der Massgabe „post obitum“ liegenden Suspensivbedingung eine entsprechende weitere Bedingung hinzuzufügen. Beeinflusst durch das Vorbild des römischen Testaments oder, wie Palumbo[21]) will, der römischen mortis causa donatio, hat in der That die langobardische Rechtspraxis, anders als die deutsche[22]), schon sehr frühe und reichlich von jenem Mittel Gebrauch gemacht. Es heisst in den Urkunden:

„dum ego advivere meruero, omnis res mea in mea sit potestate iterum judicare, vindere, donare et in omnibus despensare qualiter voluero“

oder

„si aliter non ordinavero vel distribuero rebus meis“

oder ähnlich[23]). Auf Grund eines solchen Vorbehalts konnte also der Geber später eine widersprechende Disposition über denselben Gegenstand gültig vornehmen, dadurch die Suspensivbedingung, von der die Wirksamkeit der ersten Vergabung abhing, zur Defizienz bringen und damit die erste Vergabung selbst hinfällig machen. Eine Widerruflichkeit im eigentlichen Sinne lag darin nicht;

[20]) Dies hat für das deutsche Recht gegenüber Heusler namentlich Hübner a. a. O, S. 48—64 eingehend und überzeugend dargethan. Es gilt ganz ebenso für das langobardische Recht.

[21]) a. a. O. S. 294.

[22]) In Deutschland verwandte man während der fränkischen Zeit den Vorbehalt noch nicht (Hübner a. a. O., S. 64); er wurde damals für unzulässig gehalten Vgl. das unten in N. 25 citirte Kapitular Karls d. Gr. Dagegen war er der sächsischen Rechtspraxis des späteren Mittelalters durchaus geläufig: „Gabe mit Unterscheid“; dazu vgl. Heusler II, S. 634.

[23]) Troya n. 603 (747), 640 (750), 723 (758), 742 (760), 809 (764), 867 (767); H. P. M. XIII 56 (777) und viele andere. Dazu Schupfer a. a. O., S. 42 ff. und Palumbo S. 295 ff.

der Vorbehalt war regelmässig[24]) so abgefasst, dass man nicht einfach die Vergabung zurückziehen konnte, sondern anderweitig über das Schenkungsobjekt verfügen musste.

Nach der fränkischen Eroberung suchte das Capitulare Italicum Karls des Gr. von 801[25]) der langobardischen Praxis in diesem Punkte das damalige, den Vorbehalt nicht anerkennende fränkische Recht[26]) aufzudrängen. Aber der Versuch war erfolglos. Schon Lothar[27]) liess den Widerstand im Wesentlichen wieder fallen. Der fragliche Vorbehalt blieb nach wie vor ein selten fehlender Bestandtheil im Text der langobardischen donationes post obitum. Die Lombardakommentare (12. Jahrh.)[28]) bestätigen uns diesen Rechtszustand, Albertus zu Theil II Tit. 15 der Lombarda mit den Worten: „. . . . donator post tingationem (hier = donationem) neque alienare neque pignori obligare potest, nisi ... per sibi expressam reservatam conditionem, id est si expresserit *nisi mutarero* . . . .“ und derselbe, hier fast wörtlich mit Ariprandus übereinstimmend, zu Theil II Titel 18: „Set si per aliam voluntatem alii res ordinatas iudicaverit, priore valente voluntate posterior nullius momenti erit, nisi sit quod priori secundum legem imputari possit. Et qui rerum suarum ordinationem facere velit, sibi ordinandi facultatem non tacite set expressim conservat. Idem est et in ecclesia. Si vero nichil horum impediat, servanda erit ordinatio.“

Durch die Zulässigkeit des Vorbehalts unterschied sich die donatio post obitum scharf von der donatio reservato usufructu. Sie erschien darum und, weil sie schon an sich die Wirkungen der Veräusserung in weiterem Umfange[29]) bis zum Tode des Schenkers hinausschob, den römischen letztwilligen Verfügungen

---

[24]) Mir ist nur ein einziger Fall eines weitergehenden Vorbehalts bekannt geworden, nämlich in Ml. V [2] 277 (799): „Dum ego advixero, omniaque supra legitum in mea sit potestatem faciendi et indicandi qualiter voluero, et quando ego voluero, hanc cartula ad me revertatur“.

[25]) Liber Papiensis Karol. 78 (Boretius, Capitularia regum Francorum I, p. 205).

[26]) vgl. oben N. 22.

[27]) Capitulare Italicum v. 825 in Lib. Pap. Loth 17 (Boretius I, p. 326).

[28]) Ed. Anschütz, S. 105 und 109 f.

[29]) nämlich nicht blos in Ansehung der Nutzniessung, sondern auch des Eigenthums selbst.



äusserlich näher gerückt als die andere Rechtsform. Aber auch sie ist in der Gestalt, in der wir sie bisher kennen gelernt haben, nicht aus dem Rahmen des germanischen Rechts herausgetreten. Sie hat sich den Charakter einer durch sachenrechtlichen Vertrag zwischen Veräusserer und Erwerber zu Stande kommenden Sachschenkung bewahrt.

## § 3.

## II. Die lex 6 Liutprandi vom Jahre 713.

Die bisherige Darstellung ist an der schon im ersten Regierungsjahre des Königs Liutprand (713) erlassenen l. 6 Liutpr. = l. 2 Lomb. de ultimis voluntatibus II, 18 vorübergegangen. Dass diese eine grosse praktische Bedeutung während der ganzen folgenden Geltungszeit des langobardischen Rechts gehabt hat, ersehen wir aus den zahlreichen Urkunden, welche sie ausdrücklich anziehen, oder welchen sie ihre charakteristischen Redewendungen entlehnen. Worin bestand aber ihre Bedeutung? Welche Neuerung führte sie ein? Dies ist in hohem Grade streitig und bedarf der näheren Untersuchung. Die lex lautet:

> „Si quis langobardus, ut habens casus humanae fragilitatis egrotaverit, quamquam in lectolo reiaceat, potestatem habeat, dum vivit et recte loqui potest, pro anima sua iudicandi vel dispensandi de rebus suis, quid aut qualiter cui voluerit; et quod iudicaverit, stabilem debeat permanere."

Zwei Fragen sind zu beantworten:

1. In welchen Fällen gilt das Rechtsgebot der lex?
2. Was ist der Inhalt des Rechtsgebotes, worin liegt die Aenderung gegenüber dem früheren Rechtszustand?

In ersterer Hinsicht wird die wohl auch kaum zu bezweifelnde Thatsache[1]) verwerthet, dass Liutprand bei Abfassung der Vordersätze: „si quis . . . . . egrotaverit" und „dum recte loqui potest" gewisse römische Rechtsausdrücke im Auge gehabt hat. Man wird z. B. erinnert an das „Sanam mente, licet aegram corpore recte transigere manifestum est" in der l. 27

---

[1]) Tamassia, le alienazioni degli immobili e gli eredi secondo gli antichi diritti germanici (1885) S. 242 f.; Palumbo a. a. O., S. 317.

C. de transactionibus 2,4[2]), an das „articulate loqui potest“ in der l. 29 § 2 C. de testamentis 6,23, an die typischen Einleitungsworte der römischen Testamente aus früherer und damaliger Zeit: „procedens sanus sana mente integroque consilio, cogitans conditiones humanas etc.“[3]) Daraus wird der Schluss gezogen, dass Liutprand auch dasselbe, was das römische Recht mit diesen Wendungen, mit den Vordersätzen seiner lex habe ausdrücken, also geistige Verfügungsfähigkeit und zwar — was die Hauptsache — diese allein, nicht auch Vollbesitz der körperlichen Kräfte, als Voraussetzung der zu verleihenden Befugnis habe bestimmen wollen. Er sage also: Auch auf den kranken Langobarden solle, wenn er nur noch vernünftig sprechen könne, ebenso, wie auf den gesunden, die folgende Satzung Anwendung finden.[4])

Diese Satzung selbst aber — so wird die Frage 2 beantwortet — habe sich gegen die alten volksrechtlichen Formen gerichtet. Die Absicht, die Verfügungen zu frommen Zwecken zu erleichtern, habe den König zu einem Verstoss gegen die Formvorschriften des alten Rechtes bestimmt. Wie weit dieser ging, darüber sind die Ansichten freilich verschieden. Während Miller Befreiung von Thinx- und Launegildform[5]), aber Festhalten an der Unwiderruflichkeit und Zweiseitigkeit[6]), Savigny geradezu Anerkennung der römischen Testamente im

---

[2]) Auch in Expos. § 2 zu l. 6 Liutpr. wird die Uebereinstimmung mit dieser Stelle des Cod. Just. hervorgehoben.

[3]) So wörtlich das 474 n. Chr. zu Ravenna eröffnete Testament des Constantius (Bruns, Fontes iuris romani antiqui. Ed. IV. S. 236). In der römischen Testamentsformel bei Markulf II, 17 (Zeumer) = Rozière 129 — Ende des 7. Jahrhund. — lautet der Passus: „sana mentae integroque consilio, metuentis casus humanae fragilitatis“. Vgl. weitere Beispiele bei Tamassia S. 243[2] und bei Stouff, de formulis secundum legem Romanam a VII[0] saeculo ad XII[um] saeculum (Parisiis 1890) S. 31[2] u. [3], 32[1].

[4]) Tamassia a. a. O., Palumbo S. 318 a. E.; auch Beseler, Erbverträge I, S. 124: „sie (die betreffenden Verfügungen) konnten selbst noch auf dem Todbette gemacht werden“; ähnlich Miller in Ztschr. f. Rg. 13, S. 98, Scalvanti in Rivista ital. per le scienze giuridiche 13 (1892), S. 170 f.

[5]) sodass in Liutpr. 72 (73) — darüber oben S. 9 u. 10 — eine Bekräftigung der l. 6 Liutpr. läge.

[6]) a. a. O., S. 98 und 100, auch N. 158.

Allgemeinen[7]) unterstellt, nehmen Beseler[8]) und Andere[9]) an, dass dadurch einseitige letztwillige Verfügungen, aber ohne die römische heredis institutio — wahrer Erbe auch weiterhin immer nur der gesetzliche Erbe —, ohne die Regel „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" und auch ohne Herübernahme aller römischen Testamentsformalitäten, zugelassen seien. Es ist nach der letztgedachten Ansicht das „langobardische Testament", das der l. 6 Luitpr. seine Entstehung verdanke, zunächst nur bestimmt für letztwillige Zuwendungen an die Kirche oder zu frommen Zwecken, in der Folgezeit aber — und zwar schon ziemlich frühe — auch für die Aufnahme anderer Dispositionen, namentlich solcher, welche die Härten des germanischen Successionssystems, z. B. zu Gunsten der Ehefrau oder der Töchter, mildern sollen. Palumbo hat diese Ansicht unter Heranziehung eines reichen Materials sehr ausführlich dargelegt. Ich glaube gleichwohl, ihr widersprechen zu müssen. M. E. haben die germanischen Rechtsprinzipien bei den Langobarden trotz ihrer engen Berührung mit den Römern eine grössere Zähigkeit bewiesen. Weder die l. 6 Luitpr. noch das spätere langobardische Recht bis in das 12. Jahrhundert hinein hat die einseitigen letztwilligen Verfügungen im Allgemeinen oder grundsätzlich anerkannt.

Das Anklingen der l. 6 an Stellen aus römischen Testamentsgesetzen oder an den römischen Testamentsstil[10]) beweist noch nichts für die Rezeption römischer Testamentsprinzipien. Mit dem römischen Urkundenwesen ist ein gut Theil römischer Rechtsterminologie bei den germanischen Völkern eingewandert, ohne dass doch die Rechtssätze oder Rechtseinrichtungen, auf welche sich die Ausdrücke bei den Römern bezogen, gleichzeitig

---

[7]) Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter II, § 78. Ebenso v. Bethmann-Hollweg, Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtl. Entwickl. IV, S. 335[75]. Tamassia, Longobardi, Franchi e Chiesa romana (1888) S. 163 erklärt sich „risolutamente" für die Ansicht Savigny's; vgl. seine oben N. 1 citirte Schrift S. 247, wo er aber darauf hinweist, dass die Erbeseinsetzung nicht aufgenommen wurde.

[8]) Erbvertr. I, S. 124 ff.

[9]) Lewis, de origine facultatis heredibus in iure germanico concessae prohibendi etc. (1862) S. 21[3]; Pertile, Storia del diritto italiano IV, § 122, S 13 ff.; namentlich Palumbo S. 314 ff, 322, 357 ff., 403 ff.

[10]) Oben S. 14 f.

Aufnahme gefunden hätten.[11]) Unter Beibringung von Urkundenbelegen, die sich leicht vervielfältigen lassen,[12]) weist Stonff[13]) darauf hin, dass die aus dem römischen Testamentsstil stammende Phrase von der „humana fragilitas", die gerade in unserer lex Liutprandi erscheint, auch in den die Stelle der Testamente vertretenden zweiseitigen Vergabungen der merowingischen und karolingischen Zeit fortgelebt habe. Aber Palumbo (S. 319) legt auf das in l. 6 gebrauchte Wort „iudicare" Gewicht: er nimmt es lediglich im Sinne von: testari, einseitig auf den Todesfall verfügen. Mit Unrecht. Es kommt schon in Roth. 225 vor:

„Et si (sc. libertus fulcfree factus) sine heredes (Leibeserben) mortuus fuerit, et antea iudicaverit se vivo res suas proprias, id est ande-gaunere et ari-gauuere (Erwerb durch Handarbeit und Kriegsdienst[14]), secundum legem langobardorum, habeat cui donaverit",

wo es sicherlich nicht auf eine einseitige Verfügung nach Art des römischen Testaments, vielmehr höchst wahrscheinlich auf eine Thingatio zu beziehen ist. Liutpr. 101 (102) sagt in einem Athem: „per cartola donationis .... de rebus suis iudicare", welcher letztere Ausdruck in Lib. Pap. Karol. 78 mit der traditio in Zusammenhang gebracht ist. Cartula oder pagina iudicati, auch iudicatum nennt sich sehr häufig eine Urkunde, welche offensichtlich eine zweiseitige Vergabung betrifft.[15])

---

[11]) Ein klassisches Beispiel: die „Falcidia" als der dem gesetzlichen Erben kraft seines Wartrechtes verfangene Theil des hausväterlichen Vermögens. Vgl. H. P. M. XIII 72 (800), 233 (864), ferner R. Loening, Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen I, S. 556 [20], Tamassia, alienazioni S. 255 f.

[12]) Mark. II, 3: „incertum humanae condicionis eventum"; Troya 916 (770): „cogitans quia humana fragilitas . . . ., dono trado atque concedo in eterna traditione . . . et offero in monasterio . . .". Auch nach Palumbo (S. 289 f.) selbst enthält diese Urkunde, die sich übrigens testamentum nennt, eine zweiseitige Vergabung. Vgl. ferner Troya 922 (770), 950 (772); R. F. 133 (776: reine donatio a praesenti die), 140 (785).

[13]) De formulis S. 31 [2].

[14]) Brunner, Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger i. Sitzgsber. d. Berl. Akad. 1885, S. 1190 [1] (Forschungen zur Geschichte d. deutschen und französ. Rechtes, S. 23 [2]).

[15]) R. F. 240 (819), 274 (824: „do atque trado", vgl. die Vollziehungsformel unten N. 23). Die Urkunden R. F. 193 (809), 218 (816), 228 (817), 232 (817), 283 (838) bezeichnen sich sogar in dieser Weise, obwohl sie reine donationes inter vivos enthalten.

Wenn nicht selten in den Quellen, was Palumbo richtig bemerkt, donare und iudicare einander gegenübergestellt werden, so bedeutet dies nur den Gegensatz: unter Lebenden — auf den Todesfall zuwenden, nicht auch den Gegensatz: zweiseitig — einseitig verfügen. Freilich verwendet das langobardische Rechtslatein zuweilen das Wort „testari" selbst mit seinen Ableitungen. So heisst es in dem Schlusssatz der l. 1 (10) Aist. — vom Jahre 755 —: „si decesserit absque filiis filiabus aut intestatim". In den Urkunden des 11. Jahrhunderts aus dem Regesto di Farfa (Kloster in der Sabina) nennen die letztwillig bestellten Treuhänder sich selbst „fidei commissarii et testamentarii[16]) und ihren Machtgeber „noster testator"[17]). Aber auch dies kann nicht entscheiden. Das Wort „testamentum" wird im Mittelalter vielfach in der allgemeinen Bedeutung von „carta" gebraucht.[18]) Und es kann uns die Thatsache, dass das Wort auch für zweiseitige letztwillige Dispositionen zur Verfügung stand, gar nicht deutlicher vor Augen geführt werden, als durch eine[19]) jener Urkunden, in welcher der Treuhänder berichtet: „sum fidei commissarius atque testamentarius per investimentum (= per investituram) iuvenis (so heisst der Verstorbene) germani mei, — (terra), quanta michi . . . evenit per investimentum a . . iuvene . . ".[20])

Wie steht es mit den Urkunden selbst, welche von den Vertheidigern des „langobardischen Testaments" als Beispiele herangezogen oder von den Herausgebern der Sammlungen in den Ueberschriften als Testamente gekennzeichnet werden? Viele unter ihnen, die dem lombardisch-tuskischen Bereich[21]) angehören,

[16]) vgl. z. B. nr. 608 (1010), 666 (1013), 687 (?), 750 (1039), 880 (1049).

[17]) n. 687 (?), 880 (1049).

[18]) Brunner, Zur Rechtsgesch. der römischen und germanischen Urkunde I, S. 211. Man vergleiche nur die lex Ribuaria tit. 59, 1, wo vom testamentum vindicionis (= venditionis) die Rede ist.

[19]) n. 750.

[20]) Palumbo weist endlich auf die Worte „contra voluntatem defunctorum suorum parentum agere" in l. 3 (12) Aistulfi hin. Aber unter ultimae voluntates lassen sich auch zweiseitige Vergabungen auf den Todesfall begreifen und sind darunter von den Kompilatoren der Lombarda begriffen worden. Vgl. die Stellung des von traditio und investitura handelnden Kapitulars Ludwigs des Frommen v. 818/819 — lib Pap. Lud. Pii 11 (14) im Titel „de ultimis voluntatibus" (II, 18), auch in den Lombarda-Kommentaren die Worte des Albertus zu diesem Titel: „nunc de ultime voluntatis donationibus disseramus".

[21]) Gegensatz: Unteritalien (Benevent).

z. B. Troya nr. 795 (763), 896 (768), 976 (773); H. P. M. XIII nr. 34 (768), 56 (777), 72 (800), 162 (847), 169 (850), 181 (853), 215 (861), 263 (875), 270 (877), 527 (928), 931 (997); Chart. I nr. 133 (969); Ml. IV¹ 86 (778), 89 (782),

enthalten in der vom Notar am Schluss angehängten Vollziehungsformel die Klausel „post traditam" und widerlegen dadurch schlagend das ihnen zugeschriebene Testamentsmerkmal der Einseitigkeit. Denn nach den unanfechtbaren Darlegungen Brunner's[22]) haben das „post traditam" und die dadurch[23]) beurkundete förmliche traditio cartae von Seiten des Ausstellers an den Destinatär nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ihren Platz: diese Rechtsgeschäfte werden im Moment der traditio cartae und durch die letztere perfekt. Anderen unter den hierher zu zählenden Urkunden fehlt freilich die Klausel „post traditam". Aber das ist kein Argument gegen die Zweiseitigkeit. Denn nicht überall im ober- und mittelitalienischen Urkundenbereich und nicht von Anfang an ist die Klausel, wie überhaupt die ganze Vollziehungsformel,[24]) gleich regelmässig in Gebrauch gewesen; so vermissen wir sie in den meisten Urkunden des Regesto di Farfa, auch bei offenbar zweiseitigen Geschäften, wie bei Verkauf, Schenkung unter Lebenden u. s. w. Ja selbst in Gegenden und Zeiten, in welchen ihre Anwendung die Regel bildete, wurde sie hin und wieder von den Notaren fortgelassen. In dem langobardischen Rechtsgebiet Unteritaliens,

---

[22]) Zur Rechtsgesch. d. römischen und germanischen Urkunde I, S. 87 ff. besonders 97, 99.

[23]) Dass die Begebung der Urkunde, auf die das „post traditam" anspielt, von der Partei, welche die Urkunde ausfertigen lässt, dem Aussteller, ausgeht und an die Gegenpartei, für welche die Urkunde bestimmt ist, den Destinatär, erfolgt, wird z. B. auch durch die beiden Vollziehungsformeln in H. P. M. XIII nr. 270 (877) und in R. F. nr. 274 (824) bewiesen Dort heisst es: „Ego qui supra Amelperti notarius hanc paginam testamenti et iudicati atque dispositionis scripsi, et postquam ad (= a) testibus fuit roborata, et ad (= a) suprascripta domna Engilberga (der Ausstellerin) traditus complevi et dedi", hier: „Ego Benedictus notarius scripsi et, postquam tradita est Fratello presbitero et praeposito sancti Valentini ad partem monasterii (des bedachten Klosters, also des Destinatärs), complevi et dedi".

[24]) Darüber Brunner, Urkde. S. 79 ff (Ausbreitung der Vollziehungsformel von Norden nach Süden).

dem Herzogthum Benevent, wurde sie niemals heimisch.[25]) Aber es kommen uns da, wo sie fehlt, oftmals andere Momente zu Hülfe, welche die Zweiseitigkeit der beurkundeten letztwilligen Verfügung erkennen lassen. Manche Urkunden berichten nämlich im Text selbst über die stattgefundene Emission der carta vom Aussteller an den Destinatär, so die sich als cartola judicati, dotalium und decretionis ausgebende Urkunde Ml. IV [1] nr. 57 (763 oder 764), ferner C. C. nr. 646 (1012) und 1377 (1064). Oder es steht an der Spitze des Textes der Name des Empfängers der carta als Adresse, so in der von der gegnerischen Meinung besonders verwertheten Urkunde H.P.M. XIII n. 51 (774, letztwillige Verfügung des königlichen Gasinden Tuido). Oder es findet sich an anderer Stelle eine Hindeutung auf den — bei dem Urkundungsakt vertretenen — Empfänger, so in Troya 891 (768: „Unde pro stabilitate vestra, suprascripta monasteria, . . . notarium scribendum postulavimus"). Oder endlich es weist sich der beurkundete Akt als ein dinglicher Vertrag aus, welcher durch Tradition (im germanisch-rechtl. Sinne) der Vermögensobjekte, über die letztwillig verfügt wird, zu Stande kommt, so in den als testamenti cartula, testamentum sich bezeichnenden Urkunden Troya 617 (748) u. 984 (773)[26]) und in H.P.M. XIII n. 90 (814)[27])[28]).

Danach ist die Annahme widerlegt, dass durch die lex 6 Liutpr. oder später im langobardischen Recht die einseitige letztwillige Verfügung nach Art des römischen Testaments allgemein oder auch nur für alle Verfügungen zu frommen Zwecken anerkannt worden sei. —

Meines Erachtens liegt der Fehler in der mit Unrecht vom Wortlaut der lex abschweifenden Beantwortung der ersten der beiden oben (S. 14) gestellten Fragen. Mag Liutprand bei der Fassung der Vordersätze an römische Wendungen angeknüpft haben, so hat er doch **nur** für den unmittelbar bezeichneten Fall

---

[25]) **Brunner**, Urkde. S. 82.

[26]) „tradedi tibi consobrino meo", „haec tradidimus in praedicto monasterio".

[27]) Hier steht neben der Unterschrift des Ausstellers der Passus: „qui hac dispositione seo **traditione** fieri rogavit".

[28]) Auszuscheiden sind die von **Palumbo** S. 317 f. und 340 f. verwendeten Urkunden Troya 394 (713) und 983 (773). Erstere: Thinx, vgl. oben § 2 N. 15. Letztere: **römisches** testamentum holographum, vgl. dazu **Troya** S. 705 N. 2.

„si egrotaverit“ Vorsorge treffen wollen. Den Gesunden betrifft die ganze Satzung überhaupt nicht: für ihn und seine Verfügungen lässt sie den früheren Rechtszustand unverändert. Sie will weiter nichts, als dem Kranken die Möglichkeit sichern, auch seinerseits der Seele ihr Theil zu schaffen. Deshalb sollen die thatsächlichen und rechtlichen Hindernisse, die ihm bis dahin im Wege standen, fortgeräumt werden. Die thatsächlichen Hindernisse: insofern ihm seine Körperbeschaffenheit oder die Nähe des Todes nicht gestattet, alle Erfordernisse einer ordentlichen Vergabung auf den Todesfall (oben § 2) zu erfüllen. Die rechtlichen Hindernisse: insofern bisher die rechtliche Handlungsfähigkeit durch Siechthum gemindert, insbesondere die Veräusserung vom Siechbett aus unwirksam war. Auf den letzteren Punkt weist der Satz: „quamquam in lectolo reiaceat“ hin, der an Vorschriften im deutschen, vornehmlich im sächsischen Rechtsgebiete gemahnt.[29]) Für uns steht der erstere Punkt im Vordergrunde: denn hier handelte es sich für den Gesetzgeber darum, dem Kranken — und zwar nur diesem — durch ein Nachlassen von den ordentlichen Vergabungsformen zu helfen. Nani[30]), der allein, soweit ich sehe, das Gesetz in solchem Sinne auslegt, will freilich die Erleichterung nur auf die Entbindung von der Thinx-Form bezogen wissen. Ich meine, dass sie weiter gegangen ist und sich auf alle Vergabungen, auch die auf einzelne Objekte beschränkten (bei denen das Thinx gar nicht in Frage kam), erstreckt hat. Alle diese erheischten an sich die Gegenwart des Bedachten, an welchen der Geber bei Mobilien den Besitz übertragen, bei Immobilien die carta donationis rechtsförmlich begeben musste. Aber gerade, wo der Geber sterbenskrank war, konnte es schwer oder unmöglich sein, den Bedachten noch rechtzeitig zur Stelle zu schaffen. Darum gestattete hier die lex ausnahmsweise, von seiner Anwesenheit und von der Besitzeinweisung oder Urkundenbegebung abzusehen und es in der That bei der ein-

---

[29]) So wird dieser Satz von Stobbe, Handbuch I. § 41 N 13 (vgl. N. 7—9) und Gierke, Deutsches Privatrecht I, § 45⁸ verstanden. Dagegen Tamassia, alienazioni S. 242. Vgl. über das Recht in Deutschland Albrecht, Gewere § 20 I und Heusler, Inst. II § 115.

[30]) gelegentlich einer Rezension in der Rivista italiana per le scienze giuridiche, Bd 5 (1888) S. 273.

seitigen Verfügung bewenden zu lassen. Oder es war niemand, der zur ordnungsmässigen Abfassung der carta im Stande oder befugt gewesen wäre, (Notar[31]) rechtzeitig mehr aufzutreiben, während andererseits Verwandte oder Nachbarn zugegen waren, die eine mündliche Erklärung des Sterbenden entgegennehmen konnten. Dann sollte auf Grund der Liutprand'schen Vorschrift ausnahmsweise die blosse mündliche Erklärung, wenn sie nur später im Streitfall durch das Zeugnis jener Leute bekräftigt wurde, für die Rechtsgültigkeit selbst einer Grundstücksvergabung genügen.

Diese Auslegung hat gute Stützen:

1. Eine ähnliche Unterscheidung zwischen den letztwilligen Verfügungen des Gesunden und denen des Kranken findet sich in einem derjenigen Fragmente, welche als cap. 7—20 in einem Codex zu Holkham enthalten und von Gaudenzi 1886 veröffentlicht sind.[32]) Mag, was streitig, die in diesen Fragmenten überlieferte Rechtsaufzeichnung in Spanien, im südlichen Gallien oder in Italien ihre Heimath haben, dem west- oder ostgothischen Recht angehören[33]), darin ist man einig: Sie enthält gothisches Recht für Einwohner gothischen Stammes und ist spätestens im 6. Jahrhundert entstanden.[34]) Cap. 9, auf welches Palumbo (S. 309, 316) hinweist, ohne es in unserem Sinne zu verwerthen, beginnt mit dem Satze:

> „Si quis non habuerit filios legitimos de legitima uxore natos et habuerit naturales, quartam partem hereditatis suae habeat licentiam relinquere naturalibus,[35]) si

[31]) Brunner, Urkunde S. 24 N. 1: Erst nach der fränkischen Eroberung wurde die Abfassung der Urkunden Monopol des Notars.

[32]) Ich benutze den Abdruck Zeumer's im Neuen Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde Bd. 12 S. 389 ff.

[33]) Vgl. hierüber Zeumer a. a. O. S. 392 ff., Brunner, D. R. G. I S. 325 ff. und neuestens Federico Patetta im Archivio giuridico Bd. 53 (1894) S. 3 ff. (Litteraturangaben: S. 3 daselbst). Nach Patetta handelt es sich um ostgothisches Recht, und zwar um eine noch vor dem Edikt Theoderichs angefertigte Privatarbeit.

[34]) Die Handschrift, in welcher diese Fragmente entdeckt worden sind, ist, wie man allseits annimmt, im 9. oder 10. Jahrhundert von langobardischer Hand geschrieben. Vgl. Zeumer S. 389, Patetta S. 12.

[35]) Anlehnung an const. 4 Cod. Theodos. de naturalibus filiis IV, 6. Vgl. Patetta S. 20.

voluerit: dum sanus est, per donationis chartulam, aut moriens per testamentum; . . ."

Darin liegt ausgesprochen, dass man grundsätzlich durch carta donationis — in der Form, die cap. 15 ibid. für die Schenkung von Liegenschaften vorsieht, — von Todeswegen verfügt und nur der moriens, der Sterbenskranke, sich der Testamentsform wirksam bedienen, d. h. einseitig oder gar mündlich disponiren kann. Das Gesetz Liutprand's, in der obigen Weise ausgelegt, entbehrt also nicht einen Vorläufer im germanischen Recht.

2. Es erscheint bei der gleichen Auslegung selbst als Vorläufer eines langobardischen Gesetzes der Folgezeit, nämlich des letzten Theiles der l. 3 (12) Aistulfi vom Jahre 755.[36]) Der König will hier dem Herrn auch dann, wenn bereits der Tod vor der Thür, noch die Möglichkeit eröffnen, seine servi zu vollem Recht (fulcfree und haamund — Roth. 224 —) freizulassen. An sich bedürfte es dazu entweder der Thingatio mit den in Roth. 224 beschriebenen Förmlichkeiten oder der Freilassung vor dem Altar per manum sacerdotis (Liutpr. 23). Da beide Formen für den im Siechbett Liegenden nicht mehr erfüllbar sind, bestimmt der König:

> „si ad finis mortis properaverit, . . . et instituerit, ut post eius obitum per manum sacerdote(i)s, qualem designaverit, circa sacro altario deduci debeatur: causa miserationis decrevimus, ut sicut dominus eorum preceperit, ita inpleatur, et sacerdotes, quem designaverit, eum absque cuiuscumque contradictionem absolvat, et liber permaneat."

Es soll also in solchem Ausnahmefalle — nur in diesem — statt der zweiseitigen Thingatio oder traditio in manum sacerdotis die einseitige Erklärung des Freilassungswillens, verbunden mit der Benennung des Priesters, ausreichen. Es soll offenbar[37]) schon eine mündliche Erklärung, wenn sie in glaubhafter Weise kundbar wird, den designirten Priester zur Vornahme des Aktes ermächtigen wie verpflichten. Ja selbst

---

[36]) Vgl. unten § 6 N. 6.

[37]) Dies ergiebt die Lage des Falles, auch der Sinn der ganzen lex; vorher ist im Gegensatz dazu von „per cartola ordinare" gesprochen.

die in eine solche Erklärung eingeschlossenen Vermögenszuwendungen an den Freizulassenden sollen, wie Aistulf weiterhin anordnet, Bestand haben: „Si vero aliquid[38]) ei in ipso exito suo donaverit aut donare preceperit, stabilis ei ipsa donatio permaneat.“ Damit spielt die Bestimmung ganz auf das Gebiet der l. 6 Liutpr. hinüber, auch insofern, als zur Begründung der Gedanke der Seelgift herangezogen wird („quia apostolus paulus auctoritas maxime ad domesticos fidei beneficium praestare iubit“). Sie stellt sich dar als Anwendung oder Ausdehnung der l. 6 Liutpr. auf den Fall der Freilassung. Man darf deshalb den hier deutlich sichtbaren Gegensatz zwischen der nur dem Sterbenskranken verstatteten formlosen Willenserklärung und der in allen Fällen, sowohl dem Gesunden als dem Kranken, offen stehenden ordentlichen Form[39]) auch im Gesetz Liutprands unterstellen.

3. Die wichtigsten Belege bieten die Urkunden. Sie berichten von mancher letztwilligen Grundstücksvergabung, die im Zustande der Krankheit oder in Todesnähe mündlich ohne Beobachtung irgendwelcher Förmlichkeiten[40]) vorgenommen ist. Sie flechten dabei nicht selten, um auf die Rechtsgültigkeit einer solchen Vergabung hinzuweisen, Redewendungen ein, die aus der lex 6 Liutpr. geschöpft sind, oder nehmen ausdrücklich auf die letztere Bezug.

R. F. 64 (765): Der von seinem Bruder zu Tode verwundete Gnino wendet, „cum recte loqui potuit“, dem Kloster Farfa die Hälfte seines Antheils am Familien-

---

[38]) Die vierte Prozessformel hierzu im liber Papiensis versteht unter „aliquid“ auch eine terra.

[39]) Vgl. in der ersten Hälfte der l. 3 (12) Aist. den Satz: „Et ita sancimus, ut si quis langobardus per cartola, in sanitatem aut egritudinem suam, res suas ordinaverit et dixerit eas habere loca venerabilia, et familias, per que res ipsas excoluntur, liberas esse dixerit“. Unter „ordinare per cartulam“ ist ein ordinare mittelst traditio cartae, ein letztwilliges Schenken ohne thinx und launegild im Sinne der l. 72 (73) Liutpr. zu verstehen (oben S. 9 f.). Vgl. die erste Prozessformel zu l. 3 (12) Aist.: „ecce carta libertatis, quam pater tuus michi (nämlich dem früheren servus) dedit“ und die formae 10 und 11 des Cartularium Langobardicum mit der Ueberschrift „traditio cartae ordinationis“, endlich unten S. 44.

[40]) Keine bestimmte Zahl von Zeugen.

gut zu und weist seinen Vater an, die Zuwendung durch Begebung einer carta an das Kloster zu bekräftigen. Der Vater führt dies aus, indem er bemerkt: „omni tempore donum nostrum firmum et stabile permaneat, sicut edicti pagina continet."

C. C. 117 (903): Waimarius, Fürst von Salerno, berichtet, dass ihn Angelus, der Abt des Klosters des hl. Maximus, als er „iaceret inbalidam infirmitatem, unde defunctus est, set tamen adnc recte sivi conspicere tota mentem et recte loquere baluit," beauftragt habe, seine Güter pro anima in bestimmter Weise zu vergeben. Da einer Urkunde nicht gedacht wird, so ist zweifellos der letzte Wille mündlich erklärt worden. Dasselbe gilt von einer Verfügung, die sich erwähnt findet in:

C. C. 494 (996): „quoniam ante os annos, quando ipse Marinus iacebat in infirmitate, unde defunctus fuit, adhuc recte loquentem iudicabit et in manum illum commisit ipsius Desigi de rebus sua venumdandum et debitum inde salbandum, quod ille dare debuit. Insuper et iudicavit, etc."

R. F. 608 (1010): Der Erblasser hat, „antequam de hac discederet luce", vor Zeugen („ut plurimis hominibus notum est") mehreren Treuhändern die Vergabung bestimmter Grundstücke an das Kloster Farfa mündlich aufgegeben: „sicuti ex suo . . . ore sancitum est", „ea quae ille ore testatus est etc." Mündlichkeit ist auch bei denjenigen Erklärungen des letzten Willens zu unterstellen, welche in R. F. 666 (1013), 687 (?), 880 (1049), 1143 (1095) mitgetheilt sind und „quando ad exitum vitae suae devenit", „ad exitum suum", „in exitu suo", „in extremo die exitus sui" abgegeben waren.

C. C. 1022 (1043): Der Beweis einer mündlichen letztwilligen Disposition wird von den Interessenten durch Zeugenziehung[41]) gesichert, nämlich durch Vertrag mit

[41]) Darüber Brunner, D. R G. II S. 392 f.

denjenigen, vor welchen die Erblasserin, „quando ad mortem benit (= venit)", ihren Willen kundgethan hatte.

Ein Placitum aus Arezzo von 1079, überliefert in Muratori, Antiquitates italicae medii aevi Bd. II Sp. 791, handelt von einem mündlichen[42]) „Testament", über das im Rechtsstreit Zeugen vernommen worden waren. Es heisst: „quod prefatus Rainerius in quadam sua infirmitate testamentum fecerat . . . Et testibus productis, in eorum (= quorum) praesencia jam dictus Rainerius suam voluntatem austenderat. De testamento legiptime reddiderunt testimonium, et ita vero esse, ut Abas (der Vertreter des beklagten Klosters) . . . affirmaverat."

Wir haben auch Beispiele für den Fall, dass zwar die Willenserklärung des Kranken noch beurkundet, nicht aber die Urkunde an den Bedachten oder einen sonstigen Destinatär begeben wird, dass es also bei einer einseitigen Erklärung verbleibt.

Hierher gehören 3 salernitaner Urkunden des Codex Cavensis, nämlich die des presbiter Rodelghis von 961, inserirt in Nr. 602 (1008)[43]), die des Boso von 968 und die des Johannes clericus von 996, letztere beiden als Nr. 257 und 491 der Sammlung. Alle 3 Erblasser leiten ihre Disposition mit der fast wörtlich übereinstimmenden Erklärung ein, dass sie an einer Krankheit darniederliegen, die ihrem Leben ein baldiges Ziel setzen werde, dass ihnen aber noch voller Verstand und — unter deutlichem Hinweis auf l. 6 Liutpr. — recte loqui beschieden sei. Sie treffen dann eine Reihe letztwilliger Anordnungen und schreiben gewisse Befugnisse auch dem homo zu, „cui scriptum iste in manu paruerit", ohne jedoch die Rechtsgültigkeit der ganzen Disposition von der Begebung der Urkunde abhängig zu machen.[44])

---

[42]) Dass ein solches in Frage steht, nimmt auch Hübner an in den Regesten, Ztsch. d. Sav.-St. Bd. 14, Germ. Abth. Anhang. nr. 1477.

[43]) Bd. IV S. 107 f.

[44]) Auch Brunner, Zur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere in der Ztsch. f. Handelsrecht Bd. 22 S. 516 (Forschungen S. 595 f.), welcher die 3 Urkunden als Beispiele für die alternative und die reine Inhaberklausel verwerthet, sieht darin Urkunden über einseitige Rechtsgeschäfte.

H. P. M. Chart. I nr. 414 (1091) enthält ein Breve[45]), das uns erzählt, wie der presbiter Arnaldus, „dum in lectulo reiacebat“, [l. 6 Liutpr.!] vor Zeugen „fecit recitare legere brevem recordacionis qualiter suam vult ordinare substanciam et iussit scriptis inseri et a testibus corroborari“, worauf seine einzelnen Verfügungen aufgeführt werden.

In Ml. IV² 128 und IV² app. 104 liegen zwei Breven vor, die, 1158 an zwei auf einander folgenden Tagen in der Stadt Lucca von verschiedenen Notaren abgefasst, beide den letzten Willen der Wittwe Panfilia beurkunden. Die Erklärungen sind im Zustande der infirmitas abgegeben. Während der Fertigstellung des späteren Breve ist die Erblasserin verschieden [„infirmitatis causa lectulo jacens, de qua mortua fuit“].

In einem von Palumbo[46]) citirten unteritalischen Dokument von 1186 ist die Rede von: „unum scriptum . . . qualiter dum . . . Pandulfus infirmitate, qua defunctus est, detineretur, sanae tamen mentis, rectaeque locutiones extitisset, coram Romualdo iudice et aliis judicaverat atque disposuerat quod de rebus suis post eius obitum fieri deberet.“

Nach alledem ist unsere Auslegung der l. 6 Liutprandi genügend gestützt. Die Neuerung betrifft nur den Fall der Krankheit. Sie beseitigt für diesen Fall die Nothwendigkeit, die ordentlichen Schenkungsformen zu wahren, nicht in der Art, dass sie an deren Stelle römische Testamentsformen setzt, sondern ohne solchen Ersatz in der Art, dass sie schon der einseitigen, formlosen Willenserklärung Rechtswirksamkeit beilegt. Der Kranke soll die Macht haben, zu verfügen „quid aut qualiter cui voluerit“.[47]) Also an dieser Stelle nicht mehr ein blosses Forteutwickeln langobardischer Rechtsgrundsätze, sondern ein

---

[45]) Vgl. Brunner, Urkde. S. 16. Breve (notitia) ist die schlichte Beweisurkunde im Gegensatz zur Carta, der dispositiven Urkunde.

[46]) a. a. O. S. 344, citirt nach Gaudenzi, Le vicende del mundio S. 101, 102.

[47]) Beispiele dafür, dass der Kranke sich der ordentlichen Schenkungsformen bedient: Troya 617 (748), 795 (763), 909 (769); H. P. M. XIII 215 (861); C. C. 75 (872), 624 (1009).

offener Einbruch in das Volksrecht, unternommen zunächst nur im kirchlichen Interesse zu Gunsten der Seelgiften, später vermöge der Erweiterung des Seelgiftgedankens[48]) auch für andere Verfügungen nutzbar gemacht, die der Kranke noch in letzter Stunde treffen will.[49])[50])

Aber nur, wo und insoweit man mit den Mitteln des nationalen Rechts nicht auskam, setzte man sich darüber hinweg. Ich möchte deshalb in Uebereinstimmung mit Nani[51]) annehmen, dass letztwillige Vergabungen, im Zustande der Krankheit auf Grund der l. 6 Liutpr. formlos vorgenommen, wenn später der Schenker genas, in den ordentlichen Formen wiederholt werden mussten, um gültig zu bleiben. Denn, haben wir auch keinen unmittelbaren Beleg dafür in den Quellen, so wird es doch erstens, worauf Nani hinweist, wahrscheinlich gemacht durch den Vergleich mit l. 19 Liutpr. Hier wird aus demselben Gedanken heraus, welcher der l. 6 zu Grunde liegt, dem Minderjährigen, „si evenerit egritudo et se viderit ad mortis periculum tendere", die ihm sonst verschlossene Befugnis verliehen, zu frommen Zwecken zu disponiren,[52]) jedoch, wie die zweite Prozessformel zur l. 19 im liber Papiensis zeigt, mit der Wirkung, dass die Disposition hinfällig wird, „si convalet de ipsa infirmitate." Zweitens lassen von den oben sub 3 gedachten Urkunden

---

[48]) Oben § 2 N. 13.

[49]) Vgl. von den oben citirten Urkunden C. C. 257 (968), 491 (996), 494 (996), 602 (1008 bezw. 961), 1022 (1043).

[50]) In verwandter Art waren die Vergabungen von Todeswegen bei den Angelsachsen geregelt nach Brunner's Bericht, Urkde. S. 199 ff., besonders 201. (War hier die formlose Willenserklärung auch über die Fälle der Krankheit hinaus zugelassen? Der daselbst S. 199 citirte Dialogus Egberti spricht nur von „verborum novissimorum, quae a morientibus fiunt de rebus suis".) — Auch in Deutschland, hier aber mehrere Jahrhunderte später, wohl erst in nachfränkischer Zeit, hat nach der Annahme Heusler's, Inst. II § 200 S. 643, bei den Seelgeräthen sich eine ähnliche Entwicklung vollzogen.

[51]) An der oben N. 30 citirten Stelle. Nani denkt allerdings immer nur an Nachholung der Thingationsform.

[52]) Nicht blos einseitig formlos nach l. 6 Liutpr. (so Palumbo S. 321), sondern auch mittelst gehöriger donatio inter vivos oder post obitum. Vgl. z. B. C. C. 536 (1000). Vgl. noch Scalvanti in der oben N. 4 citirten Abhandlung S. 173 f.

diejenigen, welche nach dem Tode des Erblassers über seine letztwillige Disposition berichten, alle bis auf eine[53]) deutlich erkennen, dass der Erblasser in der Zwischenzeit nicht wieder gesund geworden ist. Einige[54]) unter ihnen heben besonders hervor, dass er „in infirmitate de qua defunctus est" disponirt habe. Und von den übrigen Urkunden lassen etliche[55]) den Erblasser ausdrücklich seinen letzten Willen für den Fall des Hinscheidens an „dieser" Krankheit erklären. Es ist also die Vermuthung berechtigt, dass die Gültigkeit einer nach l. 6 formfreien Vergabung nicht blos Krankheit bei der Errichtung als Hinderungs grund für die Einhaltung der ordentlichen Form, sondern auch Fortdauer der Krankheit bis zum Tode als Hinderungsgrund für die Nachholung der ordentlichen Form zur Voraussetzung hatte.

## § 4.

## III. Letztwillige Vergabungen an Mehrere in einem Akt.

Ein grosser Vorzug der einseitigen Verfügung liegt darin, dass die verschiedensten Anordnungen zu Gunsten der verschiedensten Personen in einem einzigen Akt getroffen werden können, dass eine einzige Schrift dem letzten Willen erschöpfenden Ausdruck auch dann geben kann, wenn die Bestandtheile des Vermögens in alle Winde zerstreut, unter viele Verwandte, zahlreiche kirchliche und gemeinnützige Anstalten vertheilt werden sollen. Dieser Vortheil kam dem kranken Langobarden zu

[53]) Placitum in Muratori Ant. II Sp. 791: „in quadam sua infirmitate testamentum fecerat". Es erhellt hier nicht, ob der Erblasser gerade an dieser Krankheit gestorben ist.

[54]) Vgl. C. C. 117, 494, Ml. IV ² app. 104 und die von Palumbo nach Gaudenzi citirte Urkunde v. 1186. Vgl. auch Ml. IV ² app. 98 (1114): „excepto bona Ecclesiarum, que predictus Ugo comes refutavit in infirmitate, de qua mortuus fuit".

[55]) C. C. 257: „Simulque et iudico, ut si de hanc infirmitate fuerit (= fuero) defunctus, . . ."; Ml. IV ² 128: „si illa obiret de illa infirmitate, quam tunc habebat"; Ml. IV ² app. 104: „volo, et ordino atque judico, ut si de hac infirmitate, quam nunc patior, mortua fuero, . . . ."



Statten,[1]) welcher, Gebrauch machend von der durch l. 6 Liutpr. gewährten Formfreiheit, einseitig seinen Willen den Nachbarn und Freunden mittheilte oder einem Notar zur Aufnahme eines Breve in die Feder diktirte. Er war dem Gesunden verschlossen, der an jeden Einzelnen, dem eine Vergabung zugedacht war, gesondert eine carta donationis (bezw. den Besitz des betreffenden Fahrnisstückes) tradiren, also jeden Einzelnen zu sich entbieten oder ihn seinerseits aufsuchen musste. Das konnte für ihn unter Umständen — man denke nur an die grundsätzliche Unzulässigkeit der Stellvertretung — mit nicht geringen Beschwerden verbunden sein. Diesen auszuweichen, bog schon im 8. Jahrhundert die Rechtsentwicklung in einen Seitenpfad ein, auf welchem sie der einseitigen Verfügung, sowohl der durch l. 6 Liutpr. zugelassenen als dem römischen Testament, um ein erhebliches Stück näher rückte. Ermöglicht wurde dieses Ablenken durch die im germanischen Recht der Nebenbestimmung beim dinglichen Vertrage gegebene Bedeutung und Ausgestaltung.

Nebenbestimmungen bei Schenkungen tauchen im gesammten germanischen Urkundenbereich sehr zeitig auf. Sie sind häufig der Art, dass sie nicht dem persönlichen Interesse des Schenkers oder des Beschenkten, sondern dem eines Dritten dienen. So wird einer Kirche etwas mit der Massgabe geschenkt, dass zunächst eine dritte Person, die Gattin, die Tochter, die Dienerin des Schenkers, den lebenslänglichen Niessbrauch daran haben soll. Oder es wird geschenkt mit der Beschränkung, dass, falls ein gewisses Ereigniss eintritt (z. B. spätere Wiederverheirathung der Wittwe oder Tod des zuerst Beschenkten), die Gabe ohne Weiteres einem Dritten zufallen soll. Für die letztwilligen Schenkungen im Rechtsgebiet nördlich der Alpen hat Hübner[2]) dies durch sehr zahlreiche Urkunden belegt. Die langobardischen Urkunden weisen eine ähnliche Fülle von Beispielen sowohl für donationes inter vivos als für donationes post obitum auf.[3]) In

[1]) Vergl. z. B. C C. 117 (903), 257 (968), 602 (961); Murat. Ant II Sp. 791 (1079): „testamentum fecerat, in quo cuncta sua bona distributa ... partem hereditatis, de qua controversia erat, predicto monasterio Sancte Flore judicavit".

[2]) Die donationes post obitum S. 67 ff. und S 126 ff.

[3]) Beispiele aus frühester Zeit: Troya 603 (747) [donatio post obitum: „Et si conjuge mea Waltruda super me remanseret et lectum meum custo-

allen solchen Fällen soll dieselbe carta mehreren Rechtsübertragungen an verschiedene Personen dienen. Sie soll am gleichen Grundstück sofort oder mit dem Tode des Schenkers dem Einen Niessbrauch, einem Anderen Eigenthum, vielleicht noch einem Dritten die Anwartschaft auf späteren Anfall des Eigenthums, also suspensiv bedingtes Eigenthum, verschaffen. Diesen Erfolg herbeizuführen, wären, streng genommen, drei Begebungsakte nothwendig. Je ein Exemplar derselben carta müsste jedem der drei Bedachten rechtsförmlich tradirt werden. Das geschieht aber nicht immer. Schon frühe begnügt man sich mit einer einmaligen Ausfertigung der Urkunde und einem einzigen Begebungsakt, für welchen man einen der Bedachten — denjenigen, welcher endgültig die Sache haben soll oder der Urkunde zuerst benöthigt sein wird, — als Destinatär sich auswählt. Aus diesem einen Akt entspringen dann dingliche Rechte an dem Gegenstand der Uebertragung nicht blos für den Empfänger der Urkunde, sondern auch für die übrigen Bedachten. Die in der lex traditionis enthaltenen Nebenbestimmungen wirken unmittelbar nicht blos gegen den Gegenpart des Tradenten, insofern sie ihn beschränken, sondern auch für die nicht beim Traditionsakt betheiligt Gewesenen, zu deren Gunsten sie lauten.[4])

dierit . . . ., in omnibus rebus meis quantum per anc cartulam ad ecclesia judicavi, domina et gobernatrice usufructuandi in ejus set potestatem"], 742 (760) [d. p o.: „Si Sindruda obsequiale mea super decessu meo vixerit, volo ut . . . . hec omnia post meo decessu sit in potestate ipsius Sindrude usufructuando et regendo tantum . . . . et post decessu ipsius Sindrude omnia sit in potestate Ecclesie S. Donati . . . Et si quis de heredibus vel consortes meos contra suprascripta Sindruda vel contra illo homine, cui ipsa hanc pagina ad exigendo dederet, et contra rectoribus de suprascripte Ecclesie . . . causare . . presupserit . . ."], 871 (767), 889 (768), 890 (768), 916 (770), 922 (770). Aus späterer Zeit vergl. C. C. 75 (872), 129 (912) [donatio inter vivos: „in ecclesia scti Maxsimi offeroimus sub tali ordinem, ut si Joanne filio meo . . in ista terra regressu fuerit, qui de sarraceni captus fuet, . . . istam . . rebus mea . . reberta in potestatem . . Joanni filio meum"]; Codice diplomatico Laudense ed. Vignati I nr. 30 (1032) [d. i. v. Wenn das in erster Linie bedachte Kloster dem aufgelegten Veräusserungsverbot zuwiderhandelt, so soll das geschenkte Gut an ein bestimmtes anderes Kloster fallen: „revertere debet statim ad monasterium . . ."]; H. P. M. Ch. I 133 (969).

[4]) Die sämmtlichen in N. 3 erwähnten Urkunden lassen nicht erkennen, dass mehr als eine Ausfertigung hergestellt worden und mehr als ein Tra-

An diesem Ergebnis hatte wohl Antheil die germanische Anschauung, welche den Verträgen über Leistungen an Dritte unmittelbare Wirksamkeit gegenüber den Dritten zuspricht.[5]) Sie hatte zwar ihren hauptsächlichen Sitz im Schuldrecht. Immerhin muss sie auch im Sachenrecht lebendig gewesen sein. Denn nach den Nachweisungen Brunner's[6]) verwandte man Exaktions-[7]) und alternative Inhaberklausel im langobardischen Rechtsgebiet [ebenso im alamannischen] auch zu dem Zwecke, dass ein dingliches Recht, das man durch förmliche traditio cartae an den ersten, in der Urkunde benannten Destinatär übertragen hatte, nunmehr von diesem durch einfache, formlose Begebung der carta rechtsgültig an einen Dritten übertragen werden konnte. Also, der formelle dingliche Vertrag, welcher für die Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken nothwendig war, vermochte kraft einer besonderen Erklärung im Text der carta seine Wirkung über den Gegenpart des Tradenten hinaus auf Dritte zu erstrecken. Unsere Fälle unterscheiden sich aber von diesen nur dadurch, dass die Person des Dritten nicht noch in der Folgezeit vom ersten Destinatär durch Begebung der Urkunde bestimmt zu werden braucht, sondern vom Tradenten selbst in der Urkunde von vorn herein namhaft gemacht ist.

Bis zu diesem Punkt ging das langobardische Recht Hand in Hand mit den germanischen Rechten nördlich der Alpen. Aber während die letzteren, soweit ich das zu überschauen

---

ditionsakt stattgefunden. Die carta scheint mir z. B. bei Troya 603 an die mit dem Eigenthum bewidmete Kirche, bei Troya 742 dagegen an die mit dem Ususfrukt bedachte Sinderuda tradirt worden zu sein. So konnte der Schenker durch eine einzige traditio cartae vermöge entsprechender Fassung der lex donationis eine ganze Reihe von Personen hinter einander zur Nachfolge in das geschenkte Gut berufen (Ansatz dazu in Troya 889). Vgl. das angelsächsische Familienfideikommiss nach Brunner, Urk. S. 190 ff. — Auf die Bedeutung der lex traditionis ist unten noch näher zurückzukommen. (§ 11).

[5]) Darüber insbes. Brunner, Ztschr. f. H. R., Bd. 22 S. 90 ff. (Forschungen S. 546 ff.)

[6]) Vgl. die von ihm am letztcitirten Orte S. 107—111, 119 f., 125 f., 127 f. (Forschungen S. 561—564, 566 f., 573 f., 578 f., 581) besprochenen Urkunden.

[7]) Beispiel für eine solche oben N. 3 (Troya 742).

vermag,[8]) hier zunächst[9]) stehen blieben, ging das langobardische Recht — die Nachweise reichen fast bis zur Mitte des 8. Jahrhunderts hinauf — noch ein erhebliches Stück weiter. Bei den bisherigen Fällen handelte es sich um Verfügungen zwar zu Gunsten verschiedener Personen, aber in Bezug auf einen und denselben Gegenstand, welcher an einen der Bedachten in gehöriger Form tradirt war; die Verfügungen zu Gunsten der übrigen erschienen als ebensoviele beschränkende Modifikationen dieser einzigen rite vorgenommenen Tradition: die durch diese Tradition begründeten verschiedenen Rechte standen zu einander im Abhängigkeitsverhältnis; was dem einen fehlte, war dem anderen zugehörig; ihre Summe bildete erst ein volles Eigenthumsrecht. Etwas Anderes war es, wenn mehrere selbständig neben einander stehende Vergabungen, deren jede nicht blos einen eigenen Destinatär, sondern auch ein eigenes Objekt hatte, in einer Urkunde mit einander vereinigt wurden. Unterliess man es hier, je eine Ausfertigung der carta durch je einen förmlichen Begebungsakt in die Hand jedes einzelnen Bedachten zu legen,[10]) und liess man anstatt dessen durch den Traditionsakt, der die Vergabung der Sache x an A zur Vollziehung brachte, auch die Vergabungen der Sache y an B und der Sache z an C sich verwirklichen, so bedeutete das ein viel stärkeres Abweichen vom gewöhnlichen Wege. Trotzdem ging das langobardische Recht bei den letztwilligen Schenkungen — nur bei diesen — in der That soweit. Das zeigen uns zahlreiche Urkunden aus der Reihe derjenigen, welche wir oben S. 19 f. als Urkunden über zweiseitige Vergabungen kennen gelernt haben:

> Troya 891 (768), 976 (773), H.P.M. XIII 51 (774), 162 (847), 169 (850), 181 (853), 263 (875), 527 (928), Ml. IV[1] 86 (778)[11]).

---

[8]) Eine eingehende Untersuchung habe ich darüber nicht angestellt.

[9]) Vgl. unten N. 14.

[10]) Vielfach wählte man natürlich dieses, der Regel entsprechende Verfahren. Beispiele: Troya 906 (769? 762?) [Eschatokoll]; C. C. 1377 (1064) [„Et tres scripta unius tenoris hoc quod ipse Ademarius et alium quod ipse Alfanus et alterum quod ipse Johannes retinent tibi Johanni notario scribere precepi"].

[11]) Mehr als 2 Donatare; es wird aber nur die Begebung je einer Ausfertigung an die beiden Hauptbedachten erwähnt.

Aehnlich wie in römischen Testamenten die Legate, so werden hier die verschiedenen Einzelvergabungen an einander gereiht; es wird verfügt, dass nach dem Tode des Donators der Eine dieses, der Andere jenes Grundstück, ein Dritter den ganzen Komplex der nicht als Grundstückszubehör dienenden Mobilien oder einen Bruchtheil dieses Komplexes haben soll: ja es werden sogar in Troya 891 einzelne Mobiliarstücke,[12]) Pferde, Rinder, Schweine, Ziegen, Becken, Becher, Diesem und Jenem verschrieben. Und doch ist offensichtlich die erwiesenermassen (oben S. 19 f.) stattgehabte traditio cartae nicht allen Donataren gegenüber vorgenommen. Man vergleiche nur die viel besprochene Disposition des königlichen Gasinden Tuido (H.P.M. XIII 51), welche in der Adresse nur die beiden an erster Stelle — und wohl auch am reichsten — bedachten und bei dem Traditionsakt durch den Bischof von Bergamo vertretenen Kirchen angiebt. Oder man betrachte den Schluss der mit der *post traditam*-Klausel versehenen Urkunde H.P.M. XIII 263, wo es heisst: „Hec omnia sic permaneant, sicut superius legitur . . . . . et cuique hic aliquid pertinet, exempla levaverit et . . . possit cum ipsa exempla defendere, tamquam per hoc antentico", wo diejenigen Donatare, welche nicht zum Traditionsakt hinzugezogen worden sind, auf die Möglichkeit hingewiesen werden, sich später zu Beweiszwecken Exemplare von der Originalurkunde ausfertigen zu lassen.

Getrieben durch das von der Kirche lebhaft unterstützte Streben nach Erleichterung der letztwilligen Verfügungen, das Vorbild des römischen Testaments vor Augen, behandelte also das langobardische Recht trotz des erheblichen Unterschieds die zuletzt erwähnten Fälle denjenigen gleich, in welchen die verschiedenen Verfügungen mit den verschiedenen Destinatären doch nur ein einziges Objekt betrafen. Man hielt zwar für die letztwilligen Verfügungen der Gesunden an der ordentlichen Schenkungsform fest, aber man war auf jeden Fall zufrieden mit der einmaligen Erfüllung dieser Form, der einmaligen Tradition der carta, indem man darin den Veräusserungswillen des Gebers bezüglich aller in der Urkunde gedachten Objekte genügend

---

[12]) obwohl nach langobardischem Recht einzelne Mobilien durch körperliche Besitzeinweisung übereignet werden.

ausgedrückt fand und die Entgegennahme seitens eines der Beschenkten auch zu Gunsten der übrigen in der Urkunde benannten Donatare wirken liess.[13]) Diese Auffassung drängte sich den Langobarden um so früher und leichter[14]) auf, als ihr auch von einer anderen Seite her, nämlich von der l. 6 Liutpr. aus, die Rechtsentwicklung entgegenkam. Denn obschon in Gemässheit der lex der Kranke bei seiner Vergabung an keine Form gebunden war, so mochte er sich doch, wenn es eben anging, d. h. wenigstens einer der Donatare am Krankenbett zur Stelle war, gern der ordentlichen Form in der Weise bedienen, dass er die Urkunde über seinen letzten Willen an jenen gerade Anwesenden rechtsförmlich tradirte. Ein Beispiel dafür bietet H. P. M. XIII 215 (861), wo jemand „quamquam in lectulo recumbens infirmitate detentus“ neben einander die verschiedensten, selbständigen Dispositionen für den Fall seines Todes und des kinderlosen Todes seines Sohnes trifft und wo die *post traditam*-Klausel die stattgehabte traditio cartae bezeugt, ohne dass wir nach dem Inhalt der Urkunde Begebung an alle Donatare annehmen dürfen. In dieser Form konnten sich also die letztwilligen Verfügungen des Kranken und die des Gesunden begegnen, jene, indem sie von der Formfreiheit nicht vollen Gebrauch machten, diese, indem sie von der ordentlichen Form soviel nachliessen, als mit einer äusserlichen Festhaltung des Zweiseitigkeitsprinzipes noch irgend verträglich war.

## § 5.
## IV. Ergebnisse.

Wir fassen die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchung dahin zusammen:

Während das altlangobardische Thinx mit seinen Adoptions- und Erbrechtswirkungen abstirbt, erwächst im langobardischen Recht, ähnlich wie in den übrigen germanischen Rechten der

[13]) Der dispositive Theil der letztwilligen Schenkungsurkunde erhielt durch das Aneinanderreihen mehrerer oder vieler selbständiger Vergabungen grosse Aehnlichkeit mit dem römischen Testamentstext. Das mag viel zur Annahme des „langobardischen Testaments“ beigetragen haben.

[14]) Einen ähnlichen Entwicklungsgang, nur ein halbes Jahrtausend später einsetzend, deutet Heusler II S. 650 f. für Deutschland an.

fränkischen Zeit, aus der ordentlichen, zweiseitigen Schenkung die Vergabung auf den Todesfall mit ausschliesslich sachenrechtlicher Wirkung, und zwar nicht blos als Einzel-, sondern auch als Gesammt- oder Quotenvergabung, nicht blos als Vergabung mit sofortigem Uebergang des Eigenthums, aber unter Vorbehalt des lebenslänglichen Niessbrauchs, sondern auch als Vergabung (post obitum) unter Aufschub des Eigenthumsüberganges bis zum Tode des Schenkers, aber unter sofortiger Begründung einer festen Anwartschaft für den Beschenkten und dessen Erben. Grundsätzlich bleibt die Vergabung auf den Todesfall, bis auf das Abstreifen des Launegilds, den gewöhnlichen Formen der Sachschenkung unterworfen. Aber es bilden sich nach 3 Richtungen Besonderheiten aus:

1. Der post obitum Vergabende kann sich das Recht künftiger anderweitiger Verfügung vorbehalten.

2. Mehrere Vergabungen an verschiedene Personen können in eine Urkunde und in einen einzigen, gegenüber einem der Bedachten vollzogenen Begebungsakt zusammengefasst werden, nicht blos, wenn sie alle sich auf dasselbe Objekt beziehen und einander gegenseitig bedingen, sondern auch, wenn jede ihr besonderes Objekt hat und von den übrigen unabhängig ist.

3. Der Kranke ist an keine Form gebunden; er kann seinen letzten Willen einseitig zu Protokoll geben, er kann durch formlose mündliche Erklärung sogar über Grundstücke verfügen. Eine solche Vergabung bleibt — wahrscheinlich — nur wirksam, wenn der Krankheitszustand ununterbrochen bis zum Tode fortdauert.

Die beiden ersten Punkte liegen im Rahmen des germanischen Rechts; germanische Prinzipien (dingliche Wirksamkeit der in der lex traditionis enthaltenen Nebenbestimmungen — Vertrag zu Gunsten Dritter) haben dabei eigenartige Verwendung gefunden. Im dritten, allerdings nur für Ausnahmefälle geltenden Punkt ist der Zusammenhang mit dem nationalen Recht gelöst; die alte Form ist beseitigt, ohne dass das Vacuum anderweitig ausgefüllt wäre. Alle drei Punkte sind im langobardischen Recht schon frühe erreicht. Bereits um die Mitte des 8. Jahrhunderts finden wir die Vergabung auf den Todesfall fix und fertig in derjenigen Gestalt, welche sie bis zum Eindringen des römischen Rechts in die Praxis, also bis zur 2. Hälfte des 12. Jahrhunderts, unverändert bewahrt hat. Hierin unterscheidet

sich das langobardische von den germanischen Rechten nördlich der Alpen, namentlich im Gebiet des heutigen Deutschlands, wo die Entwicklung erst mehrere Jahrhunderte später und nicht überall mit der gleichen Stetigkeit bis zu jenen drei Punkten fortgeschritten ist. Der Grund ist einleuchtend. Gerade in Italien mussten die beiden Kräfte, welche diese Entwicklung veranlasst und gefördert haben, auf der einen Seite die Kirche, auf der anderen das Vorbild des römischen Rechts, besonders rasch und lebhaft wirken. Aber auch für das langobardische Recht ist daran festzuhalten, dass es nicht eigentlich römische Testamentsprinzipien *rezipirt* hat, weder die Erbeseinsetzung, noch den Satz: „Nemo pro parte testatus etc.“, noch die allgemeine Zulässigkeit einseitiger Verfügung, noch die essentielle Widerruflichkeit, auch nicht die römischen Formalitäten, weder die Zeugenzahl noch die Verschliessung und Versiegelung der Urkunde. Das römische Testament war auch hier nur Vorbild, welchem man im *praktischen Ergebnis* nahezukommen suchte. Das *juristische Mittel* war entsprechende Ausgestaltung oder, wenn man will, Abwandlung nationaler Rechtsgedanken, nur gelegentlich (und da kraft *gesetzlicher* Neuerung und nur für Ausnahmefälle) ein Beiseiteschieben nationalen Rechts, nirgends Rezeption fremden Rechts.

---

## Zweiter Abschnitt.

## Die Treuhand im Dienste des letzten Willens.

### § 6.

### Vorgeschichte. Treuhänder bei der Freilassung. Salmann bei indirekter Tradition unter Lebenden.

Urtypus des germanischen Treuhänders ist der Salmann, „der die Tradition, d. h. die Sale eines Gutes durch den Eigenthümer an den Destinatär vermittelnde und ausführende Zwischenmann“ (*Heusler*)[1]), von dem als ältestes Zeugnis tit. 46 der

---

[1]) Inst. I, S. 215.

lex Salica berichtet. Die Aehnlichkeit der fränkischen Affatomie, bei welcher der Salmann eine massgebende Rolle spielt, mit dem langobardischen Thinx legt es nahe, auch in den vom Thinx handelnden Stellen des Edictus Rothari eine Spur des Salmanns zu vermuthen. In der That hat man in dem „qui gisel fuerit“ der l. 172 Roth. eine solche Spur zu entdecken vermeint.[2]) Ob mit Recht, ist zweifelhaft.[3]) Jedenfalls hatte dieser gisel, wie aus der ganzen Schilderung des Thinx-Aktes hervorgeht, nur eine nebensächliche Funktion und ist nicht dem Salmann der Affatomie an die Seite zu setzen. Schon mehr machen im Edikt die Mittelsmänner bei der Freilassung von sich reden. Nach Roth. 224 vollzieht sich die volksrechtliche Freilassung per gairethinx in der Weise, dass der servus vom Herrn in die Hand eines zweiten freien Mannes, von diesem an einen dritten und von dem dritten an einen vierten „tradirt“ wird, der ihm endlich durch symbolische Handlungen und Erklärungen die Freiheit giebt. Als später König Liutprand (in den ll. 9 und 23) daneben die römische Freilassung vor dem Altar einführt, ist es der den kirchlichen Akt vollziehende Priester, der in die Stelle des Mittelsmannes einrückt, durch dessen Hände hindurch der servus freigelassen wird[4]), in dessen Hand er zu diesem Zwecke von seinem Herrn „tradirt“ wird.[5]) In solcher Funktion kann der Priester nach Aist. 3 (12) zum Vollzieher einer letztwilligen Anordnung werden, wenn ihn der dem Tode nahe Herr, gleichgültig in welcher Form,[6]) dazu bestimmt, nach seinem Hinscheiden die Freilassung des servus zu vermitteln. Ja, er kann bei dieser Gelegenheit, wie dasselbe Gesetz zu erkennen giebt,[7]) zur Ausführung einer letzt-

[2]) Vgl. Schroeder in Ztschr. d. Sav.-St., Bd. 7, S. 56 f. („Getreuer zu treuer Hand“.) Derselbe, D. R. G. 2. Aufl. § 35 [370]; „durch die Hand eines Dritten, der Speerbürge (gisel) genannt wird.“

[3]) Schupfer, Thinx e affatomia S. 9 sieht in dem gisel nur einen Bürgen. Vergl. auch Tamassia, alienazioni S. 227.

[4]) „per manus sacerdotis liberum dimittere“: Liutpr. 9 und Aist. 2 (11).

[5]) „Tradere sacerdoti (oder in manum sacerdotis) circa altario liberum dimittendum“: Aist. 2 (11) und 3 (12).

[6]) oben S. 23.

[7]) „Si vero aliquid ei in ipso exitu suo donaverit aut donare preceperit“. Das Letztere lässt sich füglich nur von einer Anweisung an den Freilassungspriester verstehen.

willigen Vermögenszuwendung an den Freizulassenden berufen werden. Es ist dies die erste und einzige Stelle im Edikt der langobardischen Könige, wo von einem Treuhänder im Dienste des letzten Willens die Rede ist, d. h. einem solchen, dessen Rechtsmacht von vorn herein darauf angelegt ist, den Tod des Machtgebers zu überdauern.[8]) Die Urkunden beweisen, dass man bald,[9]) auch ohne sich in Krankheitsnöthen zu befinden, dann aber in der ordentlichen Vergabungsform durch traditio cartae, seine servi zum Zwecke der Freilassung vor dem Altar einem Priester post obitum (im technischen Sinne)[10]) übertrug, so dass man bei Lebzeiten sich noch ihrer Dienste erfreuen konnte. So heisst es z. B. in der Urkunde des Gasinden Tuido vom Jahre 774 (H.P.M. XIII n. 51):

> „Servi vero mei . . . quanticumque post meum reliquero obitum, . . . volo atque instituo, ut omnis fiant deducti erga altario (einer näher bezeichneten Kirche) per manus pontifici s. ecclesie bergomensis, qui est aut pro tempore fuerit, et ab illo die omnis permaneant liberi et absoluti, sicut a principibus huius gentis catholice Langubardorum in edicti pagina est institutum".

Sogar bei der Freilassung zu minderem Recht,[11]) obwohl sie, jedenfalls zu Aistulfs Zeiten und später, ohne Zwischenmänner durch Begebung einer carta libertatis an den Freizulassenden und in solcher Gestalt auch „post obitum" vollzogen werden konnte,[12]) wurde nicht selten ein Treuhänder auf den Todesfall durch traditio cartae bestellt, so in Troya 884 (768):

---

[8]) Ob die Ausübung der Rechtsmacht überhaupt erst nach diesem Zeitpunkt oder auch schon vorher bei Lebzeiten des Machtgebers zugelassen ist, darauf kommt weniger an. Vgl. unten S. 54 f. In beiden Fällen haben wir es mit Treuhand im Dienste des letzten Willens zu thun, im Gegensatz zu denjenigen Fällen, in welchen von vornherein nur an eine alsbald inter vivos auszuübende Vermittlerthätigkeit des Treuhänders gedacht ist. Vergl. Heusler a. a. O.

[9]) was noch Aist. 2 (11) vom Jahre 755 (vgl. den letzten Satz) verpönt hatte.

[10]) wie er für die donationes post obitum oben S. 8 festgestellt ist.

[11]) Vgl. Roth. 224 al. III u. IV, ferner Aist. 3 (12): „et pertinentibus suis simplicem libertatem cum rebus quibuslibet donabant".

[12]) Aist. 3 (12).

„Et volo ut (sc. post obitum meum) omnis hominis meis, mihi pertinentis, vos (die Treuhänder) liveri .... demettere deveatis, et eorum cartule absolutionis emettere diveatis“.[13])

Offenbar sollte der Freizulassende nicht schon bei Lebzeiten des Herrn, während er noch als Sklave Gehorsam und Dienste schuldete, die (post obitum gestellte) carta libertatis in Händen haben — ein Grund, der in der Folge noch an Gewicht gewann, als auch die einfache manumissio per cartam ein Mittel der Vollfreilassung wurde, mit der Wirkung gänzlichen Loskommens vom Herrn, ohne Zurückbleiben eines Patronatrechtes.[14])

Auf dem Gebiete der Freilassungen begegnet hiernach der Treuhänder sowohl in einer sofort inter vivos durchzuführenden als in einer dem letzten Willen dienenden Vermittlerrolle. Im Bereiche der Veräusserungen tritt er als Vermittler der ersteren Art nur ganz vereinzelt auf. Während in anderen germanischen Rechten gerade diese Seite des Salmann-Institutes besonders gepflegt, z. B. im bayerischen Recht bei der Grundstücksübereignung zu allgemeiner Bedeutung („lebendiges Grundbuch des Gutes“)[15]) erhoben worden ist, hat sie im langobardischen Recht keine irgendwie andauernde oder erhebliche Verwerthung gefunden. Freilich sie schimmert durch in einem 743 in Alifae (am Volturno) ausgestellten praeceptum[16]) des Herzogs von Benevent (Troya 557), durch welches dieser im Auftrage („secundum postulacione“, „secundum voluntatem“) des kinderlosen Schultheiss Sarracenus dessen gesammtes Ver-

---

[13]) Auf ein solches Verfahren ist wohl in dem Capitulare Italicum Pippin's (um 790: LL. Langob. Pipp. 32 [34]) der Passus zu beziehen; „De filia cuius pater per manum erogatoris omnes servos suos iussit fieri liberos“. „Erogator“ ist einer der vielen langobardischen Ausdrücke für den Treuhänder zu letztwilligen Zwecken.

[14]) Vgl. H.P.M. XIII 246 (870): „omnes esse liberi et libere . . . cum omni agnacione earum fulfreales et amund“. Ferner Forma 8 des Cartular. Langob. aus dem 11. Jahrhundert [„amont“ = haamund in Roth. 224].

[15]) Heusler Inst. I S. 222; vgl. Beseler, Erbvertr. I S. 272 ff., Merkel in Ztschr. f. R.G. Bd. 2 S. 146—152 und Stobbe, ebendas. Bd. 7 S. 428—438.

[16]) Der König veräussert durch praeceptum, ebenso die eine vicekönigliche Stellung (vgl. v. Bethmann-Hollweg, Civilprozess Bd. IV S. 351) einnehmenden Herzöge von Spoleto und Benevent. Vgl. Brunner, Urkde. S. 136 N. 4 und die dort Citirten.

mögen, unter Vorbehalt des lebenslänglichen Niessbrauchs für ihn und seine Gattin, an eine Kirche überträgt. Der Herzog handelt hier als Salmann inter vivos, fast genau ebenso wie in der fränkischen Formel Markulf I 13 (Rozière 216)[17]) der König, der dort in den Formen der Affatomie (laisiwerpitio) sich hat ermächtigen lassen. Aber es darf beim Mangel weiterer Beispiele in der indirekten Tradition, wie sie die beneventische Urkunde zeigt, noch nicht etwas Typisches, bei den Langobarden häufig Geübtes erblickt werden. Es handelte sich wohl auch nur darum, den Herzog irgendwie bei der Vergabung mitwirken zu lassen und ihr dadurch gegenüber Erben oder Dritten grössere Festigkeit zu verleihen — ein Erfolg, der bei den Langobarden sonst durch Einholung der königlichen oder fürstlichen Einwilligung oder Bestätigung angestrebt wurde.[18]) Von einer indirekten Tradition redet allerdings ferner ein Kapitular Ludwigs des Frommen von 818/819, das in den liber Papiensis als l. 11 (14) Ludovici Pii und in die Lombarda als l. 7 de ultimis voluntatibus II, 18 aufgenommen ist. Allein mit ihm hat es eine eigene Bewandtnis. Zwar für das ganze Reich erlassen, war es doch auf Verhältnisse berechnet, die im Gebiet des fränkischen Rechts, vielleicht auch verwandter Rechte, nicht ebenso im Gebiet des langobardischen Rechts zutrafen. Es ermöglichte die nach fränkischem Recht bis dahin unzulässig gewesene Uebereignung

---

[17]) Stobbe, Ztschr. f. R.G. Bd. 7 S. 423 und Schupfer, thinx e affatomia S. 34 übersehen, dass hier der Salmann-König bei Lebzeiten des Vergabenden, nicht nach dessen Tode, die Weiterbegebung an den Bedachten ausführt. Vgl. den dispositiven (zweiten) Theil des praeceptum: „decernimus . . ., ut (sc. der Schenker) . . ., dum advixerit, . . . . usufructuario ordine debeat possidere; et post eius discessum . . . ille (der Beschenkte) hoc habeat . . ." Die Worte: „post suum discessum" im ersten Theil sind zu concessisse zu ziehen und = post obitum im technischen Sinne (oben § 2 S. 8). Die Formel, in dieser Weise richtig verstanden, kann in der bekannten, viel verhandelten Streitfrage nach dem Anfangszeitpunkt der in tit. 46 der lex Salica gesetzten Frist von 12 menses gegen die namentlich von Hensler (Inst. I, S. 215 und II, S. 522) und Schupfer a. a. O. S. 33 vertheidigte Ansicht, dass die Frist vom Tode des Vergabenden zu berechnen sei, ins Feld geführt werden. Vgl. R. Schmidt, Die Affatomie der lex Salica S. 41—43.

[18]) Vgl. z. B. Troya 394 (713), 422 (719), 736 (759). 791 (762); R.F. 135 (781). Vgl. Tamassia a. a. O. S. 268 f.



eines Grundstücks ausserhalb der Grafschaft, in der dasselbe belegen war, indem es zeitliche Trennung der Traditio (Sala) und der Investitura gestattete. Der Veräusserer sollte nunmehr gegenüber dem Destinatär die Sala extra comitatum gültig vollziehen können unter der Bedingung, dass er dabei gleichzeitig die später innerhalb des Komitates von ihm oder seinen Erben dem Destinatär zu ertheilende Investitur durch Bürgenstellung und Selbstbürgschaft verbürgte. Das ist der nach lebhafter Erörterung durch Brunner[19]) jetzt wohl abschliessend festgestellte Sinn des Originaltextes:[20])

> „Quodsi eodem tempore quo (res) illas tradere vult extra eundem comitatum fuerit, .... adhibeat sibi ... testes idoneos .... et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fideiussores vestiturae donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat .... insuper et ipse per se fidemiussionem faciat eiusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi."

Also nichts von einem die Tradition vermittelnden Salmann, sondern direkte Tradition vom Veräusserer an den Destinatär! In dieser Fassung passte das Kapitular schlecht zum langobardischen Recht. Hier hatte sich längst als regelmässige Form der Grundstücksübereignung die traditio cartae eingebürgert, in der Art, dass schon allein an die Begebung der Urkunde ohne Hinzutritt anderer symbolischer Investiturformen oder gar realer Investitur der Uebergang des Eigenthums sich anknüpfte.[21]) Hier konnte also die Behandlung der Tradition und Investitur als zweier getrennter Akte, die beide für den Eigenthumsübergang nothwendig waren, sowie die Verbürgung der künftigen Investitur garnicht verstanden werden. Man stutzte deshalb in

[19]) Urkunde S. 277—279. Beispiel dafür aus dem Jahre 843 bei Brunner, Forschungen S. 35 N. 7. Vgl. unter vielen anderen noch Heusler Inst. II, S. 71, 72, Hübner, donationes post obitum S. 63, Schröder, D. R.G. § 35 N. 83 ff. (2. Aufl. S. 275 f.)

[20]) Boretius, Kapitularien I, S. 282.

[21]) Brunner, Urk. S. 130 ff.

Italien das Kapitular so zurecht,[22]) dass es wenigstens für die dortigen Verhältnisse einigen Sinn hatte. Aus den fideiussores vestiturae, den Investiturbürgen, machte man einen Salmann, für den der Ausdruck „fideiussor“ zuweilen gebraucht wurde.[23]) Man schrieb:[24])

> „Quodsi etc. . . . traditionem faciat et fideiussori investituram donet, ut ei qui illam traditionem accepit investituram faciat . . . . . Insuper et ipse fideiussor faciat eidem vestituram, ne heredi etc.“

Hiernach dachte man sich den Vorgang so: Der Veräusserer tradirt extra comitatum in der gewöhnlichen Weise per cartam, aber nicht, wie nach dem Originaltext, unmittelbar an den Destinatär, sondern an einen Treuhänder: *traditio* und *investitura* werden gleichbedeutend genommen. Der Treuhänder soll der Anweisung des Veräusserers gemäss *insuper* — das heisst hier nicht: *sofort*, im unmittelbaren Anschluss an die Tradition, sondern ganz allgemein: *später* — dem Destinatär weiter tradiren, ohne dass sein Erbe die solchergestalt vollzogene (zweite) Tradition angreifen darf.[25])

Das Kapitular in der italienischen Fassung handelte also allerdings von einer indirekten Tradition. Es liess nach dem Wortlaut seines Textes sich wohl auch auf eine donatio inter vivos beziehen, zu deren Durchführung man sich des Salmanns hätte bedienen können. In Wirklichkeit wurde es von den Langobarden nur auf letztwillige Verfügungen bezogen. Das beweist seine Stellung in der Lombarda im Titel „de ultimis

[22]) worauf bereits Pertile, storia del diritto italiano IV § 123 n. 6 hingewiesen hat.

[23]) Vgl. Heusler, Instit. I, S. 222 [22], Hübner a. a. O. S. 107.

[24]) Liber Papiensis ed. Boretius.

[25]) Im Ganzen übereinstimmend wird die italienische Fassung gedeutet von Pertile a. a. O., Palumbo a. a. O. S. 379, Schupfer a. a. O. S. 37 f. — Die Deutung wird bestätigt durch dio Randglossen des liber Papiensis zu l. 11 (14) Lud. Pii zu *et fideiussori* „id est cui fide committitur“, zu *ne heredi* „scilicet fideiussi“, durch die Lombarda-Kommentare zu II 18 (ed. Anschütz S. 110) Aripr.: „Si vero non sunt (sc res in eodem comitatu), adhibitis testibus fideicommissario traditionem faciet, et is postea ei cui relictum est“ (ähnlich Albertus) und endlich durch die Glosse des Carolus de Tocco zu l. 7 Lomb. II, 18, welche *fideiussori* durch „i. fideicommissario“ erklärt.

voluntatibus“, womit die Auffassung der Lombarda-Kommentare: „cui relictum est“[26]) und (Albertus) „Si quidem, cum ordinare voluerit“ und die des Carolus de Tocco: „traditionem i. e. ordinationem“[27]) im Einklang stehen.[28]) Man legte sich demnach das Kapitular etwa in folgender Weise zurecht: Will jemand über seine Güter auf den Todesfall disponiren und befindet er sich daheim, so möge er die Güter unmittelbar dem Bedachten tradiren (nach den oben im ersten Abschnitt dargestellten Regeln) und nicht erst einen Salmann zuziehen.[29]) Ist er dagegen unterwegs, sodass er die unmittelbare traditio per cartam nicht vornehmen kann, z. B. weil der Donatar nicht zur Stelle ist, so tradire er an einen Treuhänder mit der Auflage entsprechender Weitertradition. Ich vermuthe, dass man sich dabei nicht blos die Schenkung, sondern auch die Betrauung des Treuhänders als auf den Todesfall gestellt dachte, dergestalt, dass der Treuhänder erst nach dem Tode des Schenkers die Weitertradition vornehmen sollte.[30]) Sei dem aber wie ihm wolle: auf jeden Fall hatte das über die Alpen gewanderte, auf fränkische Verhältnisse berechnete und für Italien nur nothdürftig zugestutzte Kapitular im Verhältnis zum langobardischen Recht keine nennenswerthe Bedeutung,[31]) und es widerlegt nicht unsere Behauptung, dass hier auf dem Gebiet der Veräusserungen die Verwendung des Salmanns zu einer bestimmungsgemäss alsbald inter vivos auszuübenden Vermittlerthätigkeit im Grossen und Ganzen unbekannt geblieben ist.[32]) Dies letztere festzustellen,

[26]) Vgl. die vorige Note.

[27]) Ordinare = letztwillig schenken vgl. oben § 3 N. 39.

[28]) Uebereinstimmend Schupfer a. a. O.

[29]) Lomb.-Komm. Alb: corporalem (im Sinne von immediatam) coram testibus studeat facere rerum traditionem. „Studeat“, also Zuhülfenahme eines Mittelsmannes nicht ausgeschlossen.

[30]) Also anders, als der Herzog in der oben besprochenen beneventischen Urkunde v. 743.

[31]) Ueber die geringe Kraft der Reichskapitularien gegenüber dem langobardischen Recht vgl. Boretius, Praefatio zum Liber Papiensis in M. G. LL. IV p L und Sohm, Fränk. Recht und röm. Recht in Ztsch. d. Sav.-St. Bd. 1 Germ. Abth. S. 19 f.

[32]) Eine Ausnahme macht das unten in § 13 dargestellte Verfahren, das aber ein künstliches Erzeugnis partikulärer Notariatspraxis ist und die Vergabung zu treuer Hand hinter einem Scheinverkauf verbirgt.

ist um deswillen nicht unwichtig, weil dadurch begreiflich wird, dass bei den Langobarden die Treuhand zu letztwilligen Zwecken, obschon auf dem gemeingermanischen Boden des Salmann-Institutes erwachsen, doch von vorn herein eine gerade ihren Zwecken speziell angepasste Ausbildung erhalten hat und in ihrer rechtlichen Gestaltung besonders eng an die Verfügungen auf den Todesfall angeschlossen ist.

## § 7.

## Letztwillige Treuhand. Allgemeines. Anwendungsfälle. Gang der Untersuchung.

In der Zeit zwischen dem Siege des Katholizismus und der fränkischen Eroberung (774), einer Zeit, in welcher die Langobarden aus den neuen, von der Kirche gestellten Aufgaben und der näheren Berührung mit der nunmehr glaubensverwandten römischen Bevölkerung und ihrem Recht die Anregung zu fruchtbarer, rechtsschöpferischer Thätigkeit[1]) gewannen, in derselben Zeit, in welcher sie, wie der erste Abschnitt gezeigt hat, die Vergabungen auf den Todesfall mit allen charakteristischen Merkmalen entwickelten, schufen sie auch im Zusammenhang damit die Einrichtung der letzwilligen Treuhand. Schon während dieser Periode, also zweifellos ohne eine Spur fränkischen Einflusses,[2]) wurden die Grundlinien des Instituts festgelegt, welche während der ganzen späteren Geltungszeit des langobardischen Rechts, die sich aber an der feineren Durcharbeitung der Einzelheiten noch lebhaft betheiligte, unverrückt eingehalten worden sind. Die einzige Gesetzesstelle aus dieser Periode, die den

---

[1]) Man denke an die schon in diese Zeit fallenden Ansätze zum Werthpapier (Exaktions-, Orderklausel). Vgl. Brunner, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 22 S. 64 ff., 505 ff. (Forschungen S. 524 ff.)

[2]) Solcher Einfluss lässt sich auch für die Zeit nach der fränkischen Eroberung betreffs unserer Materie nicht nachweisen, wie überhaupt das langobardische Privatrecht vom Frankenrecht nur wenig berührt worden ist. Vgl. Sohm a. a. O.

Gegenstand berührt, ist die bereits oben (§ 6) gedachte l. 3 (12) Aistulfi vom Jahre 755; es treten aus der fränkischen Periode noch 2 Kapitularien hinzu, ein nur für Italien von Pippin um 790 erlassenes und ein Reichskapitular Karls des Grossen von 803: lib. Pap. Pipp. 31 (33) u. Karol. 105 (106). Fernere Auskunft bietet der liber Papiensis in verstreuten Glossen, Gerichtsformeln und Stellen der Expositio. Das wahrscheinlich aus der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts stammende Cartularium Langobardicum gewährt in mehreren Formularen wichtige Aufschlüsse. Die Hauptmasse des Stoffs entnehmen wir aber aus den Urkunden, die etwa um die Mitte des 8. Jahrhunderts einsetzen[3]) und in reicher Fülle sich auf die ganze Geltungszeit des langobardischen Rechts, auch über sein ganzes örtliches Anwendungsgebiet vertheilen und von dem häufigen Gebrauch des Instituts in der Praxis beredtes Zeugnis ablegen. Ganz natürlich herrschen die Geschäftsurkunden, diplomata, vor den Urkunden der streitigen Gerichtsbarkeit, den placita, bei weitem vor. Die bedeutendsten unter den gedruckten Urkundensammlungen, nämlich der Codice diplomatico longobardo von Troya, aus den Historiae Patriae Monumenta: Chartarum Tomus I u. II, sowie der Codex diplomaticus Langobardiae in Tomus XIII, die Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca, das Regesto di Farfa, der Codex diplomaticus Cavensis (Kloster La Cava bei Salerno) und die Sammlung in Ficker's Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Bd. IV, sind vollständig durchgesehen worden. Die dabei gewonnene Ausbeute bildet den Stamm der benutzten Urkunden, deren Zahl durch Hinzufügung gelegentlich gefundener Stücke aus anderen Sammlungen auf ungefähr 120 gebracht ist.

Ein Ueberblick über die Anwendungsfälle der letztwilligen Treuhand, unter denen die oben (§ 6) behandelte Treuhänderschaft bei der Freilassung von der nachfolgenden Darstellung ausgeschlossen sein soll, lässt wiederum, wie überhaupt bei den Vergabungen auf den Todesfall (oben §§ 2 — 5), die Kirche als treibende Kraft im Vordergrund erscheinen. Auch unser Institut dient in überwiegendem Masse der Befriedigung des Bedürf-

[3]) Die älteste der mir bekannt gewordenen einschlägigen Urkunden datirt aus dem Jahre 759: Troya nr. 736 = H. P. M. XIII 19.

nisses, durch Widmung von Vermögensgegenständen an die Kirche und ihre Diener, an die Armen, an gemeinnützige Unternehmungen, Herbergen, Hospitäler (xenodochia) der Seele ihr Theil zu schaffen.

1. Aus diesem Gedanken heraus hat sich ein besonderer, sehr häufig auftretender Treuhändertypus[4]) entwickelt: Dem Vertrauensmann, zu allermeist einem Kleriker, werden Bruchtheile oder Bestandtheile des Vermögens, manchmal das ganze Vermögen, zugewiesen, auf dass er sie im Interesse des Seelenheiles des Schenkers („pro animae eius mercede") zu frommen Zwecken („pro sacerdotibus et pauperibus", „in elemosina"[5])) nach bestem Wissen und Gewissen („qualiter secundum Deum melius praeviderit") verwende. Testamente oder Kodizille, in welchen man ganz allgemein, ohne Namhaftmachung bestimmter Destinatäre, die captivi zum Zwecke ihres Loskaufs oder die pauperes zum Zwecke ihrer Unterstützung als Erben einsetzte oder als Legatare bedachte, waren unter dem Einfluss der Kirche bereits im römischen Reich während der christlichen Kaiserzeit aufgekommen. Die Kaiser Leo und Justinian hatten in mehreren Konstitutionen, c. 28, 48 (49) C. de episcopis 1. 3 und nov. 131 cap. 11 und 12, diesen Verfügungen volle Gültigkeit zugeschrieben und für ihre Durchführung, unter Bestellung des zuständigen Bischofs als Aufsichts- und Vollziehungsbehörde, Vorsorge getroffen. Um in ähnlicher Weise die Möglichkeit freier Verwaltung und Verwendung der für piae causae ausgesetzten Vermögensstücke ihren Organen zuzuwenden, wusste die Kirche bei den Langobarden, mit deren Recht eine Vergabung an nicht individuell bestimmte Personen ganz unverein-

---

[4]) Troya nr. 736 (759), 871 (767), 884 (768), 976 (773); H.P.M. XIII 51 (774), 127 (836), 135 (839), 162 (847), 181 (853), 215 (861), 233 (864), 243 (867), 601 (952); Ch. II 3 (877); Ml. IV[1] 107 (789), IV[2] 38 (867), 128 (1158), IV[2] app. 11 (812), 17 (816), 30 (832), 46 (850), 104 (1158), V[2] 238 (792), 239 (793). 240 (793), 277 (799), 405 (816), 414 (818), 529 (835), 532 (836), 609 (844), 645 (847), 667 (849), V[3] 1259 (939); C. C. 71 (872), 77 (873), 96 (882), 218 (962), 235 (966), 491 (996), 514 (997), 602 (1008 bezw. 961: Tom. IV p. 107 sq.), 624 (1009), 675 (1014), 1094 (1047), 1189 (1053), 1377 (1064); Beltrani nr. 18 (1072) und viele andere. In mehr als 30 von den hier aufgezählten 48 Urkunden treten als Treuhänder ausschliesslich oder zugleich neben Laien Kleriker auf.

[5]) Vgl. lib. Pap. Pipp. 31 (33).

bar war, das Mittel der Treuhand in obiger Art mit Erfolg heranzuziehen. In dem solchergestalt mit diskretionärer Rechtsmacht ausgestatteten Treuhänder, dem Dispensator, Erogator, Distributor im eigentlichen Sinne,[6]) erstand eine Rechtsfigur, welche heute nicht blos im Testamentsvollstrecker, sondern auch in dem Treuhänder der fiduziarischen oder unselbständigen Stiftung[7]) und in dem Beitragssammler oder dem Sammelkomitee zu gemeinnützigen Zwecken[8]) fortlebt. Hier ist der Treuhänder nicht blosse Zwischenperson. Er prägt vielmehr der Vergabung seinen eigenen Willen auf, giebt ihr erst den nothwendigen konkreten Inhalt, indem er die Person des Destinatärs, den Zeitpunkt, mit dem für diesen der Genuss der Zuwendung beginnen, unter Umständen auch die näheren Bedingungen, unter denen dieser Genuss stehen soll, nach freiem Gutdünken innerhalb des ihm gesteckten Rahmens bestimmt. Durch die Aufgabe, die Lücke im Willen des Gebers durch eigene Willensbethätigung zu ergänzen, unterscheidet sich dieser Typus von

2. der Masse der übrigen Fälle, in welchen der letztwillige Treuhänder einen in sich vollständigen und geschlossenen Willen des Gebers über sich hat. Innerhalb dieser zweiten Kategorie lassen sich für das langobardische Recht 3 Unterarten auseinanderhalten:

a. Das Dazwischentreten des Treuhänders soll dem an sich fertigen Vergabungswillen überhaupt oder unter den gerade vorliegenden Umständen die Durchführbarkeit verschaffen. Der Schenker will z. B. *post obitum* jemanden bedenken, der zur Zeit nicht erreichbar ist; er tradirt deshalb das Schenkgut einem Salmann mit der Anweisung, es nach seinem Hinscheiden dem

---

[6]) Die Ausdrücke bezeichnen aber häufig auch den letztwilligen Treuhänder in anderen Funktionen, so „erogator" den Treuhänder bei der Freilassung in LL. Langob. Pipp. 32 (34) — vgl. oben § 6 N. 13 —, „distributor" den Tilger der Nachlassschulden in C. C. 494 (996).

[7]) Vgl. oben § 1 N. 16 und 17.

[8]) Vgl. die oben in § 1 N. 18 citirten Schriften. Krückmann in der dort angeführten Abhdlg. S. 68: „Aus dem römischen Recht lässt sich nichts entnehmen und wir sind daher (!) gezwungen, uns auf die Bildungen des heutigen Lebens zu beschränken." Vgl. noch Bekker, System des heutigen Pandektenrechts II § 112 Beilage II; Dernburg, Pandekten I § 62 [8] (3. Aufl. S. 147); Brinz, Pandekten 2. Aufl. III § 440 a. E.

Destinatär weiter zu tradiren.[9]) Oder er will gewisse einzelne Stücke seiner Fahrhabe für sich allein, nicht zusammen mit einem Grundstück, dessen Zubehör sie etwa bilden, nach seinem Tode bestimmten Personen zugewendet wissen; er kann diesen Erfolg durch direkte Vergabung an sie nicht erreichen, da dingliche Rechte an einzelnen Fahrnissachen sich nicht ohne Besitzübergabe übertragen lassen;[10]) dagegen kann er per cartam ohne Besitzübergabe sein ganzes Vermögen oder sein ganzes Fahrnisvermögen *post obitum* in die Hand eines Vertrauensmannes tradiren, auf dass später von diesem die einzelnen Stücke seinem (des Gebers) Willen entsprechend vertheilt werden.[11])

b. Der Treuhänder soll, obschon das letztwillig Verfügte auch ohne seine Intervention rechtlich gültig und durchführbar ist, doch seinerseits zur grösseren Sicherheit die thatsächliche Ausführung übernehmen. So ist die auf dem Sterbebett mündlich vor Zeugen ausgesprochene Zuwendung zwar rechtsbeständig; aber besser ist es, wenn der Geber einem Treuhänder das Vergabungsobjekt mit der Aufforderung zuweist, es in der ordentlichen Weise durch carta an den Donatar zu tradiren; denn dann hat letzterer eine Urkunde als Beweismittel und steht ungleich

---

[9]) So wohl in R. F. 750 (1039), 943 (1065: „quomodo . . . Azo investivit nos et misit fidei commissarios, ut nos . . . fecissemus hanc chartam in suprascripta aecclesia"); C. C. 235 (966): „iudicabit et im manum mihi commisit, ut causam eius tollere et pro eius anima illud dare in ecclesia sancti massimi", dazu vergl. Brunner in Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 124 (Forschungen S. 577 f.).

[10]) Albrecht, Gewere § 20 I; Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter I S. 266—268; Heusler, Instit. II S. 199; E. Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (Festschrift für Halle 1894) S. 20 [41].

[11]) Vergabung von Mobiliarkomplexen durch traditio per cartam *post obitum:* H. P. M. XIII 51 (774), 127 (836), 135 (839), 162 (847), 181 (853). Vgl. namentlich in nr. 127 den Passus: „quod ipse manibus suis non dederit aut nominative dare non dixerit", wo die beiden einzigen Mittel, einzelne Fahrnissachen bestimmten Personen zuzuwenden, angegeben sind, nämlich die sofortige körperliche Besitzübergabe oder die Anweisung an den Erben oder einen (in der oben im Text angegebenen Art berufenen) Treuhänder, nach dem Tode des Schenkers die Sachen den Donataren zu tradiren.

günstiger in einem Rechtsstreit.[12]) Oder jemand ordnet eine Jahrzeitstiftung an und bewidmet, anstatt die Ausführung seinen Erben zu überlassen[13]), einen Treuhänder mit einer Geldsumme, die für die regelmässige Abhaltung der Seelenmessen als materielle Unterlage dienen soll.[14]) Oder jemand will die Gewähr haben, dass nach seinem Hinscheiden seine Schulden ordnungsmässig aus dem Nachlass berichtigt werden; er überträgt daher seine Güter oder einen Theil derselben auf den Todesfall an einen Vertrauensmann, damit dieser sie versilbere und aus dem Erlös die Gläubiger befriedige.[15])

c. Der Treuhänder soll der letztwilligen Verfügung ihren Bestand sichern, nachträgliche Eingriffe Dritter abwehren. So namentlich Eingriffe der gesetzlichen Erben. Diese werden sehr häufig vom Donator für den Fall, dass sie die Rechtsbeständigkeit der Vergabung (im Prozesswege) bekämpfen oder gegen ihren Inhalt zuwiderhandeln sollten, mit einer bestimmten Vermögensstrafe (compositio) bedroht; das Recht, die letztere für die eigene Tasche beizutreiben, wird einem Vertrauensmann zugesprochen, unter dessen Obhut dadurch die Disposition gestellt wird.[16]) Auch gegen ungerechtfertigte Einmischung weltlicher oder geistlicher Mächte wird die Treuhand zu Hülfe

---

[12]) R. F. 64 (765), 608 (1010), 666 (1013), 687 (?), 880 (1049), 1143 (1095); C. C. 117 (903).

[13]) wie dies in C. C. 514 (997) geschieht.

[14]) C. C. 675 (1014): „et ipsi decem et octo auri tari (süditalische Münze: 1 Goldsolidus = 4 tari) distribuant illis (= illi, die Treuhänder) pro meis salutis anime, et faciant mihi sebtima et trentuale et centum dies et annuale“.

[15]) C. C 494 (996): „iudicabit et in manum . . . commisit ipsius Desigi de rebus sua venumdandum et debitum inde salbandum (= salvandum), quod ille dare debuit“; Ml. $\text{IV}^{2}$ app. 98 (1114): „judicavit et confirmavit in me (Treuhänder) . . . medietatem integram omni suarum rerum et dedit nobis potestatem . . . ad vendendum et perexolvendum debitum, quod habebat“.

[16]) Troya 884 (768), 976 (773); Ml $\text{IV}^{1}$ 80 (774), 107 (789), $\text{V}^{2}$ 240 (793), 277 (799), 405 (816), 532 (836); C. C. 257 (968), 602 (1008 bezw. 961), 675 (1014), 797 (1028: „obligo ipsa heredes meas, ut si aliquit de omnia, quod superius iudicabi et disposnit, aliquit exinde remobere aut contrare quesierint et, sicut dictum est, non adimpleberint, ad componendum siant obligati ipsa eredes meas componere ipsorum distributores meis . . . 20 auri solidi constantini . .“), 1022 (1043), 1094 (1047), 1189 (1053), 1377 (1064).

gerufen; es findet sich die letztwillige Anordnung, dass, falls der bedachten Kirche oder geistlichen Person eine übergeordnete Macht, z. B. der Bischof, das geschenkte Gut entreissen sollte, es ohne Weiteres in diesem Augenblick besonders bestellten Erogatoren zu anderweitiger Verwendung zufalle.[17]

Mannigfaltig waren demnach die Zwecke, welche mit der letztwilligen Treuhand verfolgt wurden. Wir erkennen daraus die grosse praktische Bedeutung, die sie im langobardischen Recht vom 8. Jahrhundert an hatte. Die hier versuchte Gliederung der Zwecke erbringt Gesichtspunkte, die auch in der Folge im Auge zu behalten sind. Sie eignet sich aber nicht als Grundlage für den juristischen Aufbau des Instituts. Dafür sind massgebend vielmehr die juristischen Mittel, die zur Erreichung jener Zwecke gewählt sind. Es entsteht die Frage auf der einen Seite nach der Rechtsmacht des Treuhänders, auf der anderen nach dem Kreis seiner Pflichten. Und es ist dementsprechend unser Stoff in zwei Hälften zu theilen, die allerdings ausserordentlich ungleich sind. Denn während die zweite Seite im langobardischen Recht sehr zurücktritt — eine eingehendere Behandlung wird ihr erst im kanonischen Recht zu Theil — und in allen Fällen so ziemlich das gleiche Aussehen hat, ist in Bezug auf die erste Seite die langobardische Rechtsbildung in hohem Grade schöpferisch und verwerthet germanische Rechtsprinzipien in ergiebigster Weise. Hier zeigen sich denn auch so zahlreiche, zum Theil von einander weit abweichende Gebilde, dass innerhalb dieser die Rechtsmacht des Treuhänders betreffenden Abtheilung selbst eine scharfe Gliederung noth thut. Dafür kommt Folgendes in Betracht. Es leuchtet ein, dass die Kompetenz des zu letztwilligen Zwecken bestellten Treuhänders ihre Wurzeln nicht in erbrechtlichen Grundsätzen haben kann. Denn solche kennt das Langobardenrecht nur für die gesetzliche Erbfolge und für die künstliche Schaffung eines Erben durch Thinx, eine Einrichtung, die vor ihrem Absterben nicht mehr mit der letztwilligen Treuhand in Verbindung getreten ist. Diejenigen Verfügungen auf den Todesfall, in deren Bereich die letztwillige Treuhand gross geworden ist, haben, wie oben der erste Abschnitt gezeigt hat, ihren

[17]) H. P. M. XIII 233 (864).

ursprünglichen, sachenrechtlichen Charakter bewahrt: nähert sich zwar die l. 6 Lintpr. auf dem Gebiete der Form erbrechtlichen Grundsätzen, so gilt sie doch nur für Ausnahmefälle und hat auch ihrerseits in Bezug auf die Rechtswirkungen[18]) den Boden des Sachenrechts nicht verlassen. Man darf daher in diesem Boden auch Wurzeln der letztwilligen Treuhand vermuthen. Aber, wie ein Blick auf die oben skizzirten Anwendungsfälle des Instituts ergiebt, erstreckt sich häufig die Rechtsmacht des Treuhänders ausserdem oder allein auf Befugnisse, die einem anderen Boden, dem Schuld-, Obligationenrecht, entstammen. Wir haben mithin gesondert die sachenrechtliche und die schuldrechtliche Kompetenz in je einem Kapitel dieser Abtheilung zu behandeln. Und zwar muss sich die Sonderung nicht blos auf Inhalt und Rechtsnatur, sondern auch auf Gegenstand und Art der Begründung beziehen, während diejenigen Punkte, welche für beide Arten in gleicher Weise gelten, in einem dritten Kapitel erörtert werden sollen.

---

## Erste Abtheilung.

# Die Rechtsmacht des Treuhänders.

### Erstes Kapitel.

### Die sachenrechtliche Zuständigkeit.

### § 8.

### 1. Gegenstand. Anfangszeitpunkt. Art der Begründung.

Mit der sachenrechtlichen Kompetenz begreifen wir alle Fälle, in denen der Treuhänder — vorläufig noch dahingestellt, ob im fremden oder eigenen Namen — eine unmittelbare Herrschaft über körperliche Sachen hat. Solche Herrschaft findet sich nach Inhalt der Urkunden, was den Gegenstand anlangt,

---

[18]) z. B. Vererbung der Anwartschaft auf Seiten des Bedachten, der noch vor dem Schenker stirbt.

in verschiedenstem Umfange. Sie betrifft sehr häufig das ganze Vermögen des Gebers[1]) oder dieses unter Abzug derjenigen Sachen, über welche der Geber anderweitig intra vivos oder mortis causa verfügt hat, gleichzeitig verfügt oder etwa noch später bis zu seinem Tode verfügt haben wird,[2]) zuweilen einen Bruchtheil, z. B. die Hälfte, des Vermögens.[3]) Es kommt auch vor, dass nur der immobiliare Theil des Vermögens,[4]) und in sehr zahlreichen Fällen, dass einzelne bestimmte Grundstücke oder Antheile an Grundstücken[5]) dem Vertrauensmann zugewiesen werden. Manchmal ist es die ganze Fahrnis, über welche der Treuhänder die Verfügungsmacht haben soll,[6]) oder von derselben ein Bruchtheil.[7]) Dagegen kann an einzelnen Fahrnisstücken oder an Geldsummen nicht ohne Besitzübergabe eine sachenrechtliche Herrschaft übertragen werden,[8]) also auch nicht an einen Treu-

---

[1]) Troya 871 (767: ros sua); Ml. IV ² 128 (1158), IV ² app. 17 (816), 30 (832), 104 (1158), V ² 238 (792), 240 (793), 277 (799), 529 (835), 532 (836), 667 (849); H.P.M. XIII 127 (836. Aussteller ist ein Franke: „singolis rebus suis, qualiter subter adnexum fuerit, quidquid justa sua lege dare vel tradere potuit, tradavit in manum . . .“), 135 (839), 243 (867), 601 (952); R. F. 1143 (1095); C. C. 77 (873), 96 (882), 117 (903), 494 (996).

[2]) Troya 884 (768: „[si] seculo isto recessero, et res mea a me iterum injudicata, vel non data remanseret, volo, ut vos . . . vindere diveatis [= vendere debeatis] omnis res mea . . .“); C. C. 71 (872); H.P.M. XIII 51 (774); Ml. IV ¹ 107 (789).

[3]) Troya 736 (759), 976 (773); Ml IV ² app. 98 (1114), V ² 414 (818). Vgl. auch Ml. IV ¹ 80 (774), wo der Vater für den Fall, dass der Sohn innerhalb eines Jahres sterben sollte, die diesem verfangene portio am väterlichen Gut (darüber unten § 13 N. 20) zum Seelenheil des Sohnes einem Treuhänder überträgt.

[4]) Beltrani 18 (1072); R. F. 750 (1039).

[5]) Ml. IV ² 38 (867), IV ² app. 11 (812), 46 (850), V ² 405 (816), 609 (844), 645 (847), V ³ 1259 (939); H. P. M. XIII 215 (861), 233 (864); R. F. 64 (765), 298 (856), 608 (1010), 666 (1013), 880 (1049); C C. 602 (961), 1094 (1047).

[6]) H. P. M. XIII 162 (847: „De mobilibus vero . . et universas mobilias meas, una cum armis et brumis, nec non et caballis meos domitos, non domitos . . . quitquit a die obitus mei reliquero, volo ut omnia fiant datum et dispensatum pro anime mee remedium . . . Fidei vero commissarii mei hec esse debeant [es folgen die Namen] . . .“); C. C. 235 (966).

[7]) H. P. M. XIII 181 (853).

[8]) Vgl. oben § 7 N. 10.

händer in der Weise, dass die Sachen oder Gelder erst mit dem künftigen Tode des Gebers in seine Gewalt kommen, bis dahin beim Geber verbleiben. Hier lässt sich nur dadurch helfen, dass ihm eine obligatorische Macht zu Theil wird, dass die gesetzlichen Erben oder letztwillig Bedachte oder Schuldner des Gebers von diesem zur künftigen Leistung an den Treuhänder wirksam verpflichtet werden. Das Mittel wird in der That oft gewählt, namentlich zu dem Ende, dass der Treuhänder die auf solche Art ihm zugewiesenen Sachen oder Gelder pro pauperibus et sacerdotibus verwende. Hat er dann vermöge seiner obligatorischen Kompetenz, wie sie in dem zweiten Kapitel dieser Abtheilung darzustellen ist, die Einziehung erfolgreich betrieben, so bestimmt sich die damit für ihn nunmehr begründete sachenrechtliche Herrschaft an den betreffenden Objekten nach den gleichen Grundsätzen, wie die unmittelbar durch den Geber ihm verschaffte. Es gehören also von da ab diese Fälle in den Rahmen der gegenwärtigen Erörterung. —

Die letztwillige Treuhand ist Treuhand, bei welcher es von vornherein darauf abgesehen ist, eine den Tod des Machtgebers überdauernde Kompetenz zu schaffen. In der grossen Masse der Fälle ist diese Kompetenz so bestimmt, dass sie ihre positive Wirksamkeit überhaupt erst von jenem Zeitpunkt an entfaltet. Aber, wie bereits oben § 6 N. 8 angedeutet worden, sind vom Begriff solche Fälle nicht ausgeschlossen, in welchen die Ausübung der Kompetenz seitens des Treuhänders auch schon bei Lebzeiten des Machtgebers zugelassen ist. Die Urkundensammlungen, namentlich die Memorie lucchese, weisen solche Fälle auf, sämmtlich von der Art, dass dabei ein Dispensator im engeren Sinne, d. h. ein Treuhänder mit dem Recht freier Verwendung der ihm überwiesenen Güter pro anima donatoris, (oben § 7 Ziff. 1) bestellt ist:

Ml. IV² 38 (867), IV² app. 46 (850), V² 405 (816), 609 (844), 645 (847), 689 (852), V³ 1259 (939); H. P. M. XIII 243 (867); Beltrani 18 (1072).

Nach diesen Urkunden soll nämlich der Dispensator „a die praesenti“, d. h. vom Tage der Vergabung an, im ganzen Bereich seiner Rechtsmacht zu handeln befugt sein. Aber das Hauptgewicht liegt doch darauf, dass diese Befugnis über den Tod

des Schenkers hinausreicht.[9]) Der Geber will in erster Linie für den Fall seines Todes im Interesse seines Seelenheils Vorsorge treffen und nur in zweiter Linie die Kompetenz des Vertrauensmannes auf die vorausliegende Zeit zurückerstreckt wissen, damit dieser eine sich vielleicht gerade bei Lebzeiten des Gebers bietende Gelegenheit zu besonders heilsamer Verwendung des Vergabungsobjektes wahrnehmen könne. „Et quandoque vos volueritis tam in vita mea, quam et post meo decessum, potestatem habeatis etc.", so heisst es fast übereinstimmend in Ml. IV² app. 46, V² 609, 645, 689.[10]) Die Kompetenz ist inhaltlich keine andere für die Zeit vor, als für die nach dem Hinscheiden des Schenkers. Man darf nach alledem diese Fälle hier unbedenklich mit den übrigen, in denen der Treuhänder erst nach jenem Zeitpunkt seine Thätigkeit beginnen soll, auf die gleiche Linie stellen. —

Das Treuhandverhältnis wird regelmässig begründet durch Vertrag zwischen dem letztwillig Verfügenden und dem von ihm zum Treuhänder Erkorenen. Dieser Vertrag stellt sich da, wo dem Treuhänder eine unmittelbare Gewalt über körperliche Sachen zugewiesen wird, häufig schon durch seine äussere Erscheinung als dinglicher Vertrag dar. Jene Sachen werden ihm per cartam zu dem gewollten Zweck übertragen. Dabei ist ausdrücklich von „tradere res" die Rede,[11]) oder es finden sich dafür gleichbedeutende Ausdrücke, wie „dare, confirmare, decernere, judicare, dispensare res in dispensatorem" oder „in potestatem dispensatoris",[12]) diese zuweilen in derselben Urkunde

[9]) wie denn auch z. B. der im Jahre 844 von Ghiselpert durch die carta Ml. IV² 609 zum Dispensator erkorene Priester Petrus erst nach dem Tode des Ghiselpert im Jahre 852 das ihm zugewiesene Grundstück durch die carta Ml. IV² app. 47 an die Kirche des hlg. Cassian tradirt.

[10]) Auch in Ml. IV² 38, V² 405, V³ 1259 ist davon ausdrücklich die Rede, dass der Dispensator „tam in vita quam post obitum donatoris" soll handeln dürfen.

[11]) Troya 871 (767); Ml. IV² app. 30 (832), 46 (850), V² 529 (835), 645 (847); H. P. M. XIII 127 (836), 243 (867); C. C. 71 (872), 77 (873), 96 (882); Beltrani 18 (1072).

[12]) Ml. IV¹ 101 (787), IV² 38 (867), IV² app. 46 (850), 47 (852), 98 (1114), V² 238 (792), 609 (844), 645 (847), 667 (849), 689 (852), V³ 1259 (939); C. C. 71 (872); Beltrani 18 (1072). Vgl. noch LL. Langob. Pipp. 31 (33): „si cui res in elemosina datae sunt."

mit dem Wort „tradere“ verbunden. In demselben Sinne kommt im Codex Cavensis die Wendung „res in manum mittere (committere)“ vor.[13]) Einzelne Urkunden des Regesto di Farfa aus dem 11. Jahrhundert sprechen von der Investitur, die der Schenker dem Treuhänder ertheilt hat.[14]) Der Schenker tradirt an den Treuhänder nicht blos das fragliche Grundstück, sondern auch, wie das nach einer langobardischen Rechtssitte[15]) bei Uebertragung dinglicher Rechte zu geschehen pflegt, seine eigene Erwerbsurkunde und diejenigen seiner Vorgänger, soweit sie sich in seinem Besitze befinden.[16]) Er wendet, wenn er ein Franke ist, die fränkischen Investitursymbole, festuca notata, Messer, Scholle, Zweig und Handschuh, an.[17]) Der später, seit dem 11. Jahrhundert. auch bei den Langobarden häufiger werdende Gebrauch des Stabes als Investitursymboles neben der traditio cartae[18]) begegnet in einer Urkunde aus Trani (Apulien) von 1072[19]) auch bei Uebertragung von Grundstücken an einen Treuhänder. Hier überall steht also die Vertragsnatur des Geschäfts wie die dingliche Natur des Vertrages ausser Zweifel.

Nun giebt es freilich manche andere hierher gehörige Urkunde, welche dies nicht so deutlich hervortreten lässt. Es finden sich Wendungen, wie: „statuo. instituo, volo, confirmo,

[13]) C. C. 105 (894), 114 (902). Beide Urkunden beziehen sich auf die in C. C. 71 (872) — vgl. oben N. 11 — beurkundete „Traditio“. Damit ist nicht zu verwechseln die in den Urkunden des Codex Cavensis der späteren Zeit typisch wiederkehrende Wendung, laut welcher die ganze letztwillige Verfügung und ihr Inhalt in manum des Treuhänders kommittirt wird. Darüber unten § 16

[14]) R. F. 750 (1039; vgl oben S. 18), 943 (1065: „Sic concedimus . . . quomodo . . . Azo investivit nos et misit fidei commissarios, ut . . . fecissemus hanc chartam in suprascripta aecclesia“). Vgl. noch R. F. 706 (1006): „quibuscumque modis et fidei commissis nobis (den Treuhändern) constituerunt (sc. die Donatoren), similiter eas vobis (den Destinatären) . . . tradimus atque concedimus“

[15]) Darüber das Nähere unten § 12.

[16]) Vgl. z. B. Ml. IV [2] 38, IV [2] app. 46 (850), V [2] 609 (844), 645 (847), V [3] 1259 (939); C. C. 71 (872: „omnem monimen, quantucunque abuero, per istu scriptum ipse abeatis“).

[17]) H. P. M. XIII 127 (836), 243 (867). Vgl. unten S. 68.

[18]) Darüber Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte Heft 1 S. 15 N. 1, Heft 2 S. 25 N. 4 und S. 41 N. 1.

[19]) Beltrani 18: „per fustem seu et per hoc scriptum do atque trado“.

ut sit res in potestate, ut deveniat res in potestatem (dispensatoris), ut potestatem habeat dispensandi, ut dispensare debeat" oder „elegere prevideo te, confirmo in te, decerno in te, ut potestatem habeas dispensandi res meas" oder ähnliche.[20]) Allein die Zweiseitigkeit ergiebt sich hier aus denselben Merkmalen, welche oben (§ 3 S. 19 f.) allgemein für die Zweiseitigkeit der langobardischen letztwilligen Verfügungen — gegen die Ansicht vom „langobardischen Testament" — angeführt worden sind. Sie gilt auch im Hinblick auf die oben in § 4 gegebene Darstellung für die Fälle, wo in der Urkunde neben der Verfügung zu treuer Hand noch andere, unmittelbar an die Destinatäre gerichtete Dispositionen stehen und doch nicht erhellt, dass mehr, als eine einzige Begebung der Urkunde stattgefunden, bezw. dass bei dem einzigen Begebungsakt gerade der Treuhänder der Gegenpart gewesen ist.[21]) Für die Dinglichkeit aber spricht es, dass Wendungen, wie die hier in Frage stehenden, auch bei direkten Vergabungen mit offensichtlich dinglichem Charakter vorkommen[22]) (Einfluss des römischen Testamentsstils), ja dass manchmal in unseren Urkunden (über Verfügungen zu treuer Hand) solche Wendungen und Wendungen, die deutlich auf Sachübertragung hinweisen, neben einander und die einen für die anderen gebraucht werden.[23])

In ihren Formen steht also die Zuweisung von körperlichen Sachen zu treuer Hand der Sachschenkung gleich, und zwar da, wo der Treuhänder nicht vor dem Tode des Gebers in Thätigkeit treten darf, der donatio post obitum;[24]) denn, wie bei der

[20]) Troya 736 (759), 884 (768), 976 (773); Ml. IV¹ 80 (774), 107 (789), IV² app. 11 (812), 17 (816), 32 (834), V² 238 (792), 277 (799), 285 (800), 393 (815), 405 (816), 414 (818), 532 (836); H. P. M. XIII 51 (774), 135 (839), 162 (847), 181 (853), 215 (861), 233 (864), 601 (952); Ch. II 3 (877: „nos suas erogare res instituit").

[21]) Gerade den Treuhänder wird man übrigens am ehesten zum Begebungsakt herangezogen haben.

[22]) Troya 861 (766: „Et volo ut portionem meam de S. Savino . . . sit in potestatem ipsius Eccl. S. Petri"), 921 (770); H. P. M. XIII 54 (776), 72 (800), 106 (824) u. a.

[23]) Vgl. z. B. Ml. V² 240 (793), 667 (849); H. P. M. XIII 127 (836): „Nec non eciam per supranominata traditionis tradavit et dixit adque statuit et confirmavit, ut presenti diae ovitus sui deveniat in potestatem suprascriptorum herogatorum suorum . ."

[24]) Oben S. 8.

letzteren, wird auch dort eine Rechtsmacht begründet, deren Wirksamkeit aufgeschoben ist, die suspensiv bedingt ist.

In den Ausnahmefällen der l. 6 Liutpr., wenn also der letztwillig Verfügende siech darniederliegt, kann bei Begründung des Treuhandverhältnisses ganz ebenso, wie bei den anderen Dispositionen, von der Beobachtung der ordentlichen Förmlichkeiten abgesehen werden. Schon eine mündliche Bitte, vom Kranken gegenüber einem der am Bette Weilenden ausgesprochen, giebt diesem letzteren die Macht, nach dem Verscheiden des ersteren über dessen Gut rechtsgültig zu verfügen. Gerade der auf Grund des Liutprand'schen Gesetzes seinen letzten Willen mündlich Erklärende sucht gern, wie das oben (§ 7 Ziff. 2 b.) angedeutet worden, in der Bestellung eines Treuhänders einen Ersatz für die mangelnde Schrift, eine Gewähr für die künftige thatsächliche Ausführung des Verfügten; es begreift sich daher, dass wir unter den oben in § 3 (S. 24 ff.) herangezogenen Beispielen mündlicher Dispositionen besonders häufig die Treuhandbegründung antreffen.[25]) Ferner kann — unter den Voraussetzungen der l. 6 cit. — selbst eine einseitige (mündliche oder schriftliche) Verfügung eine Treuhandgewalt über körperliches Gut verschaffen. Das wird durch die mehrerwähnte lex 3 (12) Aistulfi[26]) bestätigt („donare preceperit"), auch durch Urkunden, wie C. C. 602 (1008 bezw. 961) und namentlich Ml. IV² 128 (1158) und IV² app. 104 (1158),[27]) in

[25]) C. C. 117 (903: „rebus sua ad iudicandum mihi [dem Treuhänder] in manum commisit"), 494 (996); R. F. 64 (765), 608 (1010), 666 (1013), 687 (?), 880 (1049), 1143 (1095) [„rogare, deprecari, supplicare, committere, praecipere, ut . ."].

[26]) Oben S. 23 und 38.

[27]) Darüber oben S. 26 f. — In der einseitigen Verfügung des Priesters Rodelghis (C. C. 602) werden gewisse körperliche Sachen ad distribuendum ausgesetzt. Der distributor wird aber nicht mit Namen bezeichnet, sondern soll durch die Innehabung der Urkunde bestimmt werden; es ist die reine Inhaberklausel („cui scriptum iste in manum paruerit") gewählt. Hier hat später der Papierinhaber die sachenrechtliche Treuhandgewalt auch dann, wenn Rodelghis bei Lebzeiten das Papier nicht begeben, keinen Begebungsvertrag vollzogen hatte, dies kraft der Einseitigkeit der letztwilligen Anordnung in Gemässheit der l. 6 Liutpr., nicht etwa kraft einer im Wesen des Inhaberpapiers liegenden Kreation. Vgl. Brunner Ztschr. für Handelsr. 22 S. 516 (Forschungen S. 596) und unten § 17.

denen beiden die todkranke Wittwe Panfilia durch einseitige, vor einem Notar verlautbarte Willenserklärung ihr Vermögen gewissen Personen ad distribuendum zuspricht.

Endlich kann das langobardische Traditionspapier mit Exaktions-, alternativer oder reiner Inhaberklausel[28]) für die Begründung eines letztwilligen Treuhandverhältnisses nutzbar gemacht werden. Es lässt z. B. der Erwerber eines Grundstücks oder ein Satzungsgläubiger die Erwerbs- oder Satzungsurkunde sogleich für sich oder denjenigen, dem er die Urkunde ad exigendum begeben haben wird, oder für sich oder den Inhaber der Urkunde oder blos für den Inhaber der Urkunde ausstellen;[29]) er giebt dann die Urkunde einem Treuhänder mit der Beredung, dass dieser nach seinem Tode das dingliche Recht (Eigenthum, Satzungsrecht) zu Gunsten eines bestimmten Destinatärs oder nach Gutdünken zu frommen Zwecken verwerthen solle. Hier erlangt der Treuhänder durch die blosse Entgegennahme der formlos begebenen Urkunde die unmittelbare sachenrechtliche Herrschaft über die fraglichen Objekte. Er braucht über die Vorweisung des Papiers hinaus bei der Inhaberklausel, der alternativen wie der reinen, überhaupt keinen Beweis zu führen, während er allerdings bei der Exaktionsklausel[30]) im Bestreitungsfalle den Akt, durch welchen er das Papier und die darin verbrieften Rechte vom ursprünglich Berechtigten zu treuer Hand überwiesen erhalten hat, besonders darlegen muss.[31])

---

[28]) nicht mit Stellvertretungsklausel, da diese nicht für einen Briefinhaber passt, welcher sein Recht von einem Verstorbenen herleitet: Brunner Ztschr. a. a. O. S. 118 (Forschungen S. 572).

[29]) Darüber, dass dies möglich, vgl. oben S. 32 und die daselbst in N. 6 angeführten Citate.

[30]) Vgl. Brunner a. a. O. S. 111 und 134 (F. S. 564 und 586).

[31]) Beispiele in den von Brunner a. a. O. S. 108—111, 123 und 124, 125 und 126 (F. S. 562—564, 577 und 578, 578 und 579) eingehend besprochenen Urkunden Ml. V² 424 (819) [„tu aut ille homo cui tu hanc pagina pro anima tua ad exigendum et dispensandum dederis“; vgl. nr. 464 (824)]; C. C. 235 (966), 276 (974).



## II. Rechtsnatur und Inhalt im Allgemeinen.

### § 9.

### Keine Stellvertretung.

Soweit dem Treuhänder eine unmittelbare Gewalt über körperliche Sachen zusteht, hat und übt er sie in eigenem Namen, zu eigenem Recht. Der Treuhänder ist kein Stellvertreter.[1])

Dafür spricht die in § 8 dargelegte Art seiner Bestellung: Dinglicher Vertrag. Die Urkunden legen ihm regelmässig eine „potestas“ bei, was in der langobardischen, wie überhaupt in der germanischen Urkundensprache soviel bedeutet, wie „Gewere“.[2]) Zuweilen[3]) erscheint der vollere Ausdruck „in jura et potestatem“. In H. P. M. XIII 133 (839) verkaufen die in nr. 127 (836) von dem Franken Ungeer bestellten Erogatoren, nachdem inzwischen Ungeer verstorben, ein zu dessen Nachlass gehöriges Grundstück in langobardischer Form durch blosse traditio cartae ohne Anwendung oder Erwähnung der fränkischen Investitursymbole. Handelten sie bei diesem Verkauf im Namen des Ungeer, so hätten sie sich jener Symbole bedienen müssen.[4]) Ferner ist der Geber gegenüber dem Treuhänder an seine Verfügung nach Massgabe des Inhalts der carta gebunden. Er kann nicht ohne Rücksicht darauf die dem Treuhänder verliehene Kompetenz rückgängig machen, nicht frei widerrufen. Nur genau ebenso, wie es oben (S. 12) für die unmittelbar zu Händen des Bedachten selbst erfolgte donatio post obitum nachgewiesen ist, kann er in die lex traditionis einen als Bedingung wirkenden Vorbehalt einschalten, laut dessen ihm später anderweitige, widersprechende Verfügungen über dieselben Objekte gestattet sind.[5]) Er kann

---

[1]) wie dies z. B. G. Salvioli, I titoli al portatore nella storia del diritto italiano [1883] S. 65 f. annimmt („un procuratore costituito solennemente nei contratti di successione“).

[2]) Vgl. Heusler Inst. II S. 17.

[3]) H. P. M. XIII 135 (839), 233 (864).

[4]) Oben § 8 N. 17.

[5]) Vgl. z. B. Troya 884 (768); Ml. IV [1] 107 (789: quecunque ad [= a] me iniudicata vel nundata [= non data] remanserit); H. P. M. XIII 135 (839: si aliter non remutavero) und viele andere.

sich ausdrücklich wohl auch Rückgewähr der Urkunde „quando voluero" ausbedingen.[6]) Aber nur kraft und im Rahmen eines solchen, die Rechtsmacht des Treuhänders inhaltlich beschränkenden, bedingenden Vorbehaltes ist ihm ein erneutes Handeln freigestellt; jenseits dieses Rahmens steht ihm jene Rechtsmacht selbständig und unangreifbar gegenüber. Daher hat es einen guten Sinn, wenn es z. B. in Troya 976 (773), einer Urkunde über Bestellung eines Dispensators, am Schluss heisst:

> „Et dum ego . . . advivere meruero, omnis res mea in mea sit potestatem vendendi (facien)di quid aut qualiter voluero iterum judicandi, et haec mea decretio semper in predicto ordine firmiter persistat,"

oder in der gleichartigen Urkunde C. C. 71 (872):

> „dum ego . . . bixero, in mea sit potestas faciendum quidquid boluero. Nam pos(t) meum transitum de quantum exinde non iudicatum remanet, iu integru in tua sit potestates pro anima mea iudicandum . . . . quomodo superius vobis eos tradidi, et firme et stabilem ipso abeatis et unc scriptu in suprascripta rationem sit firme."

Das widerstreitet aber der Annahme einer direkten Stellvertretung, welche hier doch nur auf Vollmacht beruhen könnte und mithin freie Widerruflichkeit für den Machtgeber als essentielles Merkmal oder mindestens als naturale Begleiterscheinung erfordern würde.[7]) Nach alledem und im Einklang mit der grundsätzlichen, wenn auch durch manche Ausnahmen durchbrochenen, Unzulässigkeit der Stellvertretung im lango-

[6]) Ml. V² 277 (799), citirt oben § 2 N. 24.

[7]) Es spricht dies allgemein gegen das Vorliegen eines Mandats-Verhältnisses, das ja an sich auch ohne direkte Stellvertretung in dem Sinne, dass der Beauftragte als Eigenthümer der zugewiesenen Objekte in eigenem Namen handelt, denkbar wäre. (Kommissionär des Handelsrechtes!) — Keine direkte Stellvertretung, aber freie Widerruflichkeit wird für den Salmann des fränkischen Rechts, bayerischen Rechts etc. von Heusler Instit. I S. 216 und Stobbe, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7 S. 423, insbes. für den Salmann der Affatomie von Richard Schmidt, Die Affatomie der lex Salica S. 70 angenommen. Gegen den letzteren mit Recht Schupfer, thinx e affatomia S. 34 N. 1.

bardischen, wie in den übrigen germanischen Stammesrechten[8]) müssen wir als unzweifelhaft feststellen: Der langobardische Treuhänder im Dienste des letzten Willens hat eine selbständige sachenrechtliche Gewalt über die ihm überwiesenen Objekte und übt diese Gewalt in seinem Namen aus. Im Augenblicke seiner Bestellung, mit Wirksamkeit *post obitum donatoris* oder zuweilen *a die praesenti*, scheidet aus dem Vermögen des Gebers ein gewisses, unten näher zu bestimmendes Quantum von dinglichem Recht an jenen Objekten aus und wird ihm, dem Treuhänder, erworben; es findet eine wirkliche Rechtsübertragung statt; der Treuhänder wird Rechtsnachfolger des Gebers.

Nun findet sich allerdings in einschlägigen Urkunden die Ausdrucksweise, dass der Treuhänder „vice" donatoris handeln solle. C. C. 71 (872) enthält die Worte: „omnem monimen (Urkunde) . . ipse (sc. der Dispensator) abeatis in defensionem, omnia in bicem (= vicem) nostram (sc. des Donators) ipso menatis et contendites, sicut rebus ipsa vobis defensetis". Aber, wie Brunner[9]) und nach ihm eingehend Hübner[10]) nachgewiesen haben, bedeutet ein solcher, bei gewöhnlichen Grundstücksübertragungen im Codex Cavensis häufig vorkommender Passus, dass der Tradent dem Erwerber die Befugnis einräumt, die an sich dem ersteren bezw. seinen Erben obliegende Gewährschaftsvertheidigung seinerseits zu übernehmen mit Hülfe der ihm zu diesem Zwecke vom ersteren überlieferten Urkunden; es soll in diesem Falle, was früher unerlaubt, der Successor *loco (vice) auctoris* stehen dürfen.[11]) Die Worte unserer Urkunde deuten

[8]) Vgl. Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 519 f. (Forschungen S. 599 f.), Sohm, Zur Geschichte der Auflassung, in der Strassburger Festgabe für Thöl (1879) S. 88 [14], Heusler Instit. I S. 207 ff.; richtig auch bezüglich des Salmanns der Affatomie R. Schmidt a. a. O. S. 82. Das langobardische Recht ist im Ausschluss der Stellvertretung besonders streng (vgl. für den Prozess Ed. Ratchis I, 3 und II, 7).

[9]) a. a. O. S. 127 (Forsch. S. 580 N. 1) und Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 354 [26] und 516 [22] u. [23].

[10]) Immobiliarprozess der fränkischen Zeit (Gierke's Unters. Heft 42. 1893) S. 110 ff., 128 ff.

[11]) Vgl. z. B. die auf gewöhnliche Traditionen zu Eigenthum sich beziehenden Urkunden C. C. 624 (1009: „et quando . . . boluerit (sc. die Erwerber) causare de supradicta mea tradictione et de monimen inde continentes, potestatem abeant bice nostra (sc. des Tradenten) in omnibus inde causare et finem facere, qualiter boluerit") und 754 (1023).

also gerade auf ein zwischen Geber und Treuhänder obwaltendes Auktor- Successor-Verhältnis hin. Grössere Schwierigkeiten bereiten zwei Urkunden des Regesto di Farfa, nr. 666 (1013) und 1143 (1095). Hier ist in beiden Fällen[12]) seitens des sterbenskranken Schenkers an die Treuhänder die mündliche Bitte ergangen, bestimmte Grundstücke durch Ausstellung und Begebung einer carta proprietatis dem Kloster Farfa zu verschreiben — eine Bitte, welche die Treuhänder nach dem Tode des Gebers vermittelst jener Urkunden erfüllen. Es heisst nun dabei im dispositiven Theil der ersteren: „hac die in vice eius (sc. donatoris) damus, donamus, cedimus, tradimus . . . .“ und in dem erzählenden Theile der letzteren Urkunde: „disposuit (sc. donator) ut cartulam proprietatis eius vice faciamus de rebus . . . in monasterio sanctae Mariae.“ Danach fühlen sich allerdings beide Male die Vertrauensmänner als Stellvertreter des Schenkers. Aber dies erklärt sich ausreichend dadurch, dass hier die Voraussetzungen der l. 6 Liutprandi gegeben waren. Die mündliche Verfügung des Todkranken zu Gunsten des Klosters wäre danach rechtsbeständig gewesen auch ohne Mitwirkung der Treuhänder. Diese diente nur dazu, dem Kloster eine carta über den Erwerb zu verschaffen.[13]) Sie konnte entweder in der Weise geschehen, dass der Kranke mündlich an die Treuhänder und diese per cartam an das Kloster tradirten, oder in der Weise, dass der Kranke das Eigenthum durch mündliche und einseitige Verfügung an das Kloster übertrug und die Treuhänder diese Verfügung namens des Ersteren mittelst traditio per cartam wiederholten. Augenscheinlich dachte man sich hier den Hergang in der zweiten Art; darauf ist es zurückzuführen, dass in dem einen der beiden Fälle (R. F. 1143) für die Tradition der Treuhänder dieselben Personen als Instrumentszeugen gewählt wurden, welche bei der mündlichen Verfügung des Kranken zugegen gewesen waren.[14]) Handelten also auch in

---

[12]) Oben § 8 N. 25.

[13]) Vgl. oben § 7 Ziff. 2 b.

[14]) „Jordanis (der letztwillig Verfügende) in extremo die exitus sui nobis (den Treuhändern) tradidit (hier nicht das sachenrechtliche *tradere res*) rogando atque supplicando coram testibus subscriptis, et disposuit, ut cartulam proprietatis eius vice faciamus etc.“

unseren beiden Fällen die Treuhänder im Namen des Verstorbenen, als seine Stellvertreter, so hatten sie doch einmal hier keine, für die Geltung des letzten Willens unbedingt nothwendige und entscheidende Funktion, und zweitens war hier das Abgehen vom Grundsatz der Unzulässigkeit der Stellvertretung durch den für dergleichen Ausnahmefälle (Krankheit des Verfügenden) gegebenen allgemeinen Dispens der l. 6 Liutpr. in genügendem Masse gedeckt.[15])

## § 10.

### Dingliches Recht in dinglicher Beschränkung.

Der Treuhänder hat, wie soeben nachgewiesen ist, kraft Rechtsnachfolge ein eigenes dingliches Recht an den ihm zugewiesenen körperlichen Sachen. Welcher Art ist dieses Recht?

Wir haben zunächst einige Urkunden herauszuheben, die keinen Zweifel daran lassen, dass hier der Treuhänder freies, volles Eigenthum hat und in der Nutzniessung und Verfügung weder dinglich noch obligatorisch beschränkt ist. Es sind sämmtlich Fälle, in denen der Geber die Sachen im Interesse seines Seelenheils nach freier Bestimmung des Treuhänders verwendet wissen will, sodass der letztere die Rolle des Dispensators im eigentlichen Sinne (oben § 7 Ziff. 1) hat. Es sind zumeist Fälle,[1]) in denen die Rechtsmacht des Dispensators schon a die praesenti bei Lebzeiten des Gebers wirksam sein soll (oben § 8, S. 54f.). Aber es fehlt auch nicht an einer Urkunde,[2]) die

---

[15]) Aehnlich in ähnlichem Zusammenhange die Freisinger Urkunde bei Meichelbeck, Historia Frisingensis Tom. I pars 2 nr. 300 (814): „Pietto olim decreverat atque coram propinquis suis condixerat tertiam partem hereditatis propriae in loco . . . tradere domui s. Mariae. Nunc vero necessitate conpulsus et valida egritudine depressus iam dictam traditionem coram multis in manus proximorum suorum posuit, quorum nomina Milo et Friduperht, eo modo, si ipse ea egritudine obisset, ut vice illius iam dictam traditionem perfecissent, et coram istis testibus in altare s. Mariae . . . tradidissent".

[1]) Ml. IV [2] app. 46 (850), V [2] 609 (844), 645 (847), 689 (852), V [3] 1259 (939); Beltrani 18 (1072).

[2]) Ml. V [2] 240 (793).

diese Wirksamkeit erst mit dem Tode des Schenkers eintreten lässt. Das Kennzeichen für diesen weitesten Umfang der Rechtsmacht zu treuer Hand ist die Klausel: *„(potestatem habeas) faciendi exinde quid aut qualiter volueris“*, die in unseren Urkunden die Worte: „tradere (dare etc.) res“[3]) begleitet. Sie gehört zum festen Bestand der mittelalterlichen Urkundensprache und begegnet diesseits wie jenseits der Alpen, im 7. wie im 13. Jahrhundert.[4]) Sie bedeutet[5]) Einräumung der vollständigen Verfügungsfreiheit, Uebertragung unbeschränkten Eigenthums, eine Uebereignung von solcher Wirksamkeit, wie sie diejenige des Verkäufers an den Käufer ist.[6]) Im Einklang damit steht das in der Urkunde Beltrani nr. 18 daneben verwendete Wort *„trasactive“*, das gleichfalls hinweist auf einen Anfall zu vollem, unbeschränktem Recht, unter Ausschluss jedes Vorbehaltes.[7])

[3]) Diese Worte allein deuten nur ganz allgemein die Uebertragung oder Begründung irgend eines dinglichen Rechtes an (Heusler, Inst. I S. 219), kommen nicht blos bei Uebereignung, sondern auch bei Uebertragung zu Leiherecht, Pachtrecht, libellarischem Recht, Nutzpfandrecht etc. vor. Vgl. z. B. Ml. V[2] 79 (762), 214 (787), 270 (798); H. P. M XIII 217 (861), 641 (960); C. C. 709 (1018), 710 (1018); Ficker, Bd. IV nr. 75 (1077). Wesen und Inhalt des übertragenen oder begründeten dinglichen Rechts wird durch den Zusatz bestimmt, der typische Wortwendungen, Klauseln (vgl. die Klausel im Text, ferner: in aeterna traditione, proprietario, usufructuario, libellario nomine, ad laborandum etc.) verwendet oder die Befugnisse des Destinatärs im Einzelnen genau umschreibt.

[4]) Vgl. Troya 311 (640), Form. Andecav. nr. 27 (Zeumer) = Rozière 277 — Ars notaria des Rainerius de Perusio n. XIV (ed. Gaudenzi in Bibliotheca medii aevi tom. 2 p. 32) und dazu die von Rainerius verfertigte Verkaufsurkunde d. d. Bononiae 1221 (ibid. p. 69).

[5]) Darüber Brunner, Landschenkungen in den Sitzgsber. d. Berl. Ak. 1885 S. 1192 N. 1 (Forschungen S. 25 N. 3). Zweifelnd Schroeder, R.G. § 35 N. 101 und 103 (2. Aufl. S. 278). Jedenfalls kommt der Klausel, soweit ich sehe, in den langobardischen Urkunden durchweg die von Brunner hervorgehobene, oben im Text wiedergegebene Bedeutung zu.

[6]) Vgl. das Verkaufsformular im Cartul. Langob. form. 2: „quod debinc inantea a presenti die proprietario nomine faciat ipse et sui heredes aut cui ipsi dederint quicquid voluerint“.

[7]) Ueber das Wort vgl. Brunner, Forschungen S. 33[3] und Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 545[1] (Forsch. S. 623[1]). Vgl auch die Wendung *„tra(n)sacto nomine“* in Ml. IV[2] app. 33 (835), 47 (852), V[2] 544 (838) — sämmtlich Zuwendungen inter vivos — und das Wort *„trasactibum“* in C. C. 257 (968) — einer letztwilligen Zuwendung

Die Treuhänder *können* also mit den erworbenen Sachen machen, was sie Lust haben. Sie *sollen* sie nach dem Wunsche der Geber, der in allen Urkunden deutlichen Ausdruck gefunden[8]) hat, als Dispensatoren, also nicht im eigenen Nutzen, sondern zu frommen Zwecken, verwenden. Sie sind jedoch nur moralisch, in keiner Weise rechtlich gebunden. Für den Schenker und seine Erben ist weder ein Rest von dinglichen Befugnissen zurückgeblieben, noch ein obligatorisches Recht begründet, das ihnen im Falle wunschwidriger Verwendung ein Einschreiten ermöglichen würde. Es lag in dieser Art der Dispensatorbestellung eine ganz besondere Vertrauenskundgebung, wie sie in *Ausnahmefällen*, z. B. wenn ein Diakon seinen übergeordneten Bischof zum Treuhänder ernannte (Ml. $V^2$ 240), angebracht war. —

*In der Regel* nahm man bei Uebertragung von körperlichen Sachen an einen Treuhänder die Generalklausel „faciendi exinde quid aut qualiter volueris“ oder gleichbedeutende Wendungen *nicht* in die Urkunde auf. Der für Art und Mass des übertragenen dinglichen Rechts entscheidende Passus (oben N. 3) pflegte nur die *einzelnen* dem Treuhänder zugedachten Befugnisse aufzuzählen, welche, je nachdem, einen weiteren oder engeren Rahmen ausfüllten. Die eigentlichen Dispensatoren, Erogatoren, Distributoren erhielten die Sachen, wie es in H. P. M. XIII 135 heisst:

> „potestative dandum et venundandum cuique voluerint; et pretium exinde acceptum dispargantur sibe per presbiteros, et in elemoneis pauperum pro missas et remedium anime meae (des Donators)“ —

eine Fassung, die sich in den anderen einschlägigen Urkunden in ähnlicher, meist allerdings stark abgekürzter Form wiederholt.

---

[8]) In Ml. $V^2$ 689 und $V^3$ 1259 ist ausdrücklich von „dispensatores“ die Rede. In Ml. $IV^2$ app. 46, $V^2$ 240, 609, 645 ist ein Schema verwendet, das im Uebrigen dem Schema jener beiden erstgenannten Urkunden entspricht. In Beltr. 18 ist die Dispensatorstellung der Erwerber ausser Zweifel gesetzt durch die Wendung: „res meas stabiles trasactive vobis . . . dedi *pro anima possidendum*“ und durch das Fehlen des Launegilds, das sonst, da es sich um eine donatio a die praesenti handelt und die Erwerber Laien sind, nicht hätte vergessen werden dürfen.

Sie wurden also berechtigt, die Sachen im Interesse des Seelenheiles des Schenkers zu veräussern, entweder durch unmittelbare Schenkung an Kirchen, Anstalten, Arme (dare, ad [per] ecclesiam facere, offerre) oder durch möglichst vortheilhaften Verkauf und Vertheilung des erlangten Preises (distribuere, dispargere, dispensare). Zuweilen[9]) ging die Anweisung in erster Linie auf Verkauf und nur in zweiter Linie, bei Unthunlichkeit des Verkaufs, auf Oblation an loca venerabilia. Auf die Verkaufsbefugnis wurde überhaupt, offenbar, weil die stattgehabte Versilberung eine freiere, ausgesuchtere Verwendung gestattete, ein besonderes Gewicht gelegt. Sie stand auch dort im Vordergrund, wo der Treuhänder die Tilgung der hinterlassenen Schulden zu besorgen hatte.[10]) Dagegen fehlte sie demjenigen Treuhänder, dessen Gebiet am engsten eingegrenzt war, der nur die an ihn tradirten Objekte an die ihm bezeichneten Destinatäre weiterzutradiren hatte.[11])

In allen diesen Fällen steht mithin nicht die volle, freie Verfügungsmacht, sondern ein in bestimmte Schranken gebanntes Veräusserungsrecht dem Treuhänder zu. Er nimmt hier im Verhältnis zu der oben geschilderten Rechtsstellung des Dispensators optimo jure eine Minderstellung ein. Aber worin besteht die Minderung? Es kann an dieser Stelle noch unerörtert bleiben, ob hier der Treuhänder obligatorisch beschränkt, dem Geber oder dessen Erben oder sonst jemandem kraft Privatrechts obligatorisch verpflichtet ist.[12]) Es handelt sich hier vielmehr um die Frage, ob sein Recht ein dinglich gemindertes ist. Diese Frage ist zu bejahen. Schon dass die lex traditionis, donationis, welche die Qualität des übertragenen und auf der anderen Seite erworbenen dinglichen Rechts bestimmt,[13]) nur auf einzelne Befugnisse und eben nicht auf die Generalbefugnis zum „facere, quidquid volueris," lautet, ist deutlicher Beweis. Andere Momente treten unterstützend hinzu.

[9]) Troya 884 (768), Ml. IV [1] 107 (789).

[10]) C. C. 494 (996) und Ml. IV [2] app. 98 (1114); vgl. oben S. 50 N. 15.

[11]) Beispiele oben S. 49 N. 9 und S. 50 N. 12.

[12]) wie bei der fiducia des klassischen römischen Rechts. Dieser Punkt gehört in die 2. Abtheilung dieses Abschnitts (unten § 18).

[13]) Vgl. Brunner, Landschenkungen S. 1176 [4] (Forsch. S. 5 [3]).

1. Grundstücke veräussert in Italien der Langobarde durch die blosse traditio cartae, der Franke durch die meist mit der traditio cartae verbundene Anwendung der fränkischen symbolischen Investiturformen.[14]) Und zwar muss er, wenn er sein ganzes Recht, wie bei Verkauf oder gewöhnlicher Schenkung, formgültig übertragen will, dem Gebrauch der Apprehensionssymbole — cultellus, waso terrae, ramus arboris etc. — die Auflassungserklärung in Gestalt des „warpivi me, me in omnibus extra feci, me inde expuli, me absacitum feci“ hinzufügen.[15]) Nun haben wir zwei Urkunden aus Mailand, H.P.M. XIII 127 und 243 (836 und 867),[16]) inhalts deren Personen fränkischer Herkunft[17]) erogatores bestellen und diesen ihr Vermögen übertragen, indem dabei zwar mit Umständlichkeit der Apprehensionssymbole, mit keinem Worte aber der Auflassungserklärung Erwähnung geschieht. Dies beweist, dass es sich hier, im Gegensatz zu Verkauf und Schenkung, nicht um Uebertragung des vollen eigenen Rechts, des unbeschränkten Eigenthums, handelt, dass der Geber seinem dinglichen Rechte an den tradirten Objekten nicht gänzlich entsagt, sondern davon etwas für sich bezw. seine Erben zurückhält, dass also ein gemindertes dingliches Recht den Erogatoren erworben wird.[18]) Diese Min-

---

[14]) Vgl. Brunner, Urkde. S. 104 ff., 109 und die zahlreichen dort citirten Urkunden, dazu noch R. F 298 (856); H. P. M. XIII 759 (975); Ml. V[3] 1347 (952), 1573 (983); Codice diplomatico Laudense I nr. 22 (991), 36 (1050), 37 (1051). Siehe das Verkaufs-, Schenkungs-, Oblations-, Tauschformular im Cartular. Langobard. form. 2, 4, 12, 15.

[15]) Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 529 (Forsch. S. 611): „Bei den nichtlangobardischen Stämmen (in Italien) bildet die warpitio, das se exitum dicere, einen wesentlichen Bestandtheil des Veräusserungsformulars“.

[16]) Ueber ihre Form vgl. Brunner Urkde. S. 109 [2].

[17]) Vgl. über diesen Punkt betreffs der Urkunde H. P. M. XIII 127: Brunner, D. R. G. I S. 271 [62].

[18]) Vgl. Sohm, Zur Geschichte der Auflassung (Festg. für Thöl) S. 116: „Die blosse Apprehension (Investitur) ohne Auflassung lässt nur ein schwächeres Recht, geringer als das Recht des bisherigen Inhabers, übergehen“. Derselbe, Fränk. Recht und röm. Recht S. 34; Brunner, Landschenkungen S. 1194 [1] (Forsch. S. 28 [2]); Heusler, Inst. II S. 76 ff. Vgl. auch die langobardische Urkunde Troya nr. 897 (768): „Nihil mihi in suprascripta loca aliquid reservassem sum professus. Sed dico me meosque omni(e)s exinde a presenti die foris exissent.“ Dazu Brunner, Urkde. S. 134.

derung kann, wenn vielleicht nicht bei nr. 127, wo post obitum, also schon um deswillen befristet bezw. bedingt, tradirt wird und dem Vergabenden von der traditio bis zu seinem Tode Eigenthum verbleibt, so doch unter allen Umständen bei nr. 243, wo „a presenti die adimpleto“[19]) tradirt wird, auf garnichts Anderes als auf das Wesen des Treuhänderrechtes und die Natur der Uebertragung zu treuer Hand zurückgeführt werden. Insoweit werden also die von Hensler[20]) für die Rechtsgebiete nördlich der Alpen gegebenen Ausführungen auch für das langobardische Recht bestätigt. Für dieses letztere; denn sind auch jene Tradenten Franken, so ist doch die den Erogatoren zugewiesene Kompetenz eben die langobardische Erogatorkompetenz: die Erogatoren der nr. 127, offenbar Langobarden, verkaufen in nr. 133 derselben Sammlung ein Nachlassgrundstück mittelst des gerade dem langobardischen Recht eigenthümlichen *Breve receptorium*[21]) (unten Ziff. 2.).

2. Der Dispensator im engeren Sinne hat die Macht, ein ihm als Dispensationsobjekt zugewiesenes Grundstück zu frommen Zwecken pro anima zu veräussern. Er hat nur diese Macht. Verschenkt er es an einen beliebigen Laien, so ist die Uebereignung rechtswidrig; der Machtgeber bezw. seine Erben können durch Klage gegen den Beschenkten sich das Gut unterwinden. Verkauft dagegen der Treuhänder das Gut, so ist die Uebereignung, weil im Rahmen der übertragenen Verfügungsmacht liegend, an sich rechtmässig. Aber wenn nun der Treuhänder den empfangenen Kaufpreis für sich verbraucht, so ist doch auch hier im Endergebnis das Dispensationsobjekt, ich meine das Grundstück, seiner Bestimmung untreu geworden. Deshalb rechtfertigt sich dann auch hier noch ein Angriff des ursprünglichen Eigenthümers oder seiner Erben gegen den Dritterwerber mit der Klage: *Malo ordine possides!* Der Eigenthü-

---

[19]) Oben § 8 S. 54 f.

[20]) Instit. I S. 218 ff. — Nur insoweit! Die daselbst gegebene nähere Erklärung des Salmannrechtes (als eines dinglichen Rechtes zu Vormundschaft) trifft mindestens für den langobardischen Treuhänder nicht zu. Darüber unten § 11.

[21]) Dass sie ihrerseits die fränkischen Investitursymbole nicht anwenden, ist schon oben S. 60 erwähnt worden.

mer hat aus der Fülle seiner Eigenthumsbefugnisse am Grundstück die Befugnis zum Verkauf und zur Preisdistribution als etwas Einheitliches ausgeschieden. Der Verkauf wird also endgültig rechtsbeständig erst, wenn der Kaufpreis seine bestimmungsgemässe Verwendung gefunden hat. Bis dahin hat der Käufer nur ein beschränktes dingliches Recht und ist der Gefahr ausgesetzt, noch das Grundstück im Falle der Untreue des Treuhänders wieder einzubüssen und sich lediglich auf den Gewährschaftsanspruch gegen diesen angewiesen zu sehen. Lässt sich das Letztere quellenmässig belegen, so ist damit auch die ganze vordere Gedankenreihe bestätigt und die dinglich wirkende Beschränkung der sachenrechtlichen Herrschaft des Treuhänders zur Evidenz dargethan.

Wir haben in der That Belege in den einschlägigen Verkaufsurkunden des lombardisch-tuskischen Gebietes.

In H.P.M. XIII nr. 19 (759 — Pavia),[22] überhaupt der ältesten unter den die letztwillige Treuhand betreffenden langobardischen Urkunden, unterschreibt der verkaufende Dispensator (Bischof Hippolyt von Lodi):

> „Ypolitus ... feci et ... manu mea conscribsi ..., ex pretio recepi III milia DCCCL et contuli distribui pro anima Gisulfi (des Donators).“

Er bekennt also gegenüber dem Käufer, in der für diesen bestimmten und ihm tradirten carta, dass er den erhaltenen Kaufpreis bereits bestimmungsgemäss verwendet habe. Das Gleiche wird im Text selbst hervorgehoben bei den aus Lucca stammenden Verkaufsurkunden: Ml. V² nr. 414 (818), 451 (823), 541 (838), 799[23]) (867). So heisst es in der ersten:

> „Et recepi a te pro omni supradicta res argentum bonos denarios libras tres, quos pro anima illius (sc. donatoris) distribuere visus sum: ut ab odierna die pro supradicto pretio in tua et de illo homine sit potestate, cui tu eam dederis vel abere decreveris.“

Und in der zweiten findet sich die auch in den anderen ausgesprochene Gewährschaftsablehnung in sehr bezeichnender

[22]) = Troya nr. 736 = Codice diplom. Laudense I nr. 1.
[23]) = Ml. IV² nr. 38.

Weise gerade mit dem Hinweis auf die stattgehabte Preisvertheilung begründet:

> „vobis exinde nec autores neque defensatores neque restauratores neque pretium redditores esse non debeamus; sed per vos ipsi eam vobis defendere debeatis cum cartula ista, et cum suprascripta cartule (der Erwerbsurkunde des Donators), sive et cum exemplar de ipso ejus judicato (der letztwilligen Vergabung), qualiter melius potueritis; eo quot presenti suprascriptum pretium pro anima illius distribuere visi sumus in prefinito."

Weil der Preis bereits bestimmungsgemäss vertheilt ist, läuft der Käufer nicht mehr Gefahr, künftig noch durch Veruntreuung des Geldes einem Angriff der Erben des Donators auf das Kaufgrundstück ausgesetzt zu werden. Er entlässt deswegen („eo quot") die Dispensatoren aus der Gewährschaftspflicht.[24])

Diese Urkunden sind also wohl geeignet, unsere Behauptung zu stützen: Der Dispensator hat nur ein beschränktes dingliches Recht; diese Schranke wird durch den blossen Verkauf noch nicht vom Grundstück genommen, überträgt sich vielmehr auf den Dritterwerber, den Käufer, der ihrer erst dann ledig wird, wenn die vom ursprünglichen Eigenthümer in der lex traditionis dem Grundstück gegebene Bestimmung voll erfüllt, der Kaufpreis pro anima tradentis verwendet ist.

Genügend sichergestellt war der Käufer mithin nur da, wo die Preisverwendung vor seinen Augen sofort beim Verkaufsschluss geschah. Nur, wo der Dispensator sich dazu verstand, mochte

---

[24]) Vgl. unten N. 42. — Vielleicht gehört hierher auch Troya nr. 897 (768, Ausstellungsort wahrscheinlich Brescia). Danach verkauft der Abt Rothari Grundstücke, die ihm durch letztwillige Vergabung des Majordomus Vualchori zur Dispensation pro pauperibus überwiesen sind, an ein Nonnenkloster in Brescia, verspricht für den Fall künftiger Eviktion Gewährschaftsleistung in duplum und schliesst unmittelbar daran die Worte:

> „et nihil mihi ex pretium rei suprascripte aliquid reddere dixi".

Darf man dahinter den Sinn vermuthen: Muss ich auch im Eviktionsfall das Doppelte leisten, so soll mir doch nichts wiedergegeben werden von dem Preise, den ich — vor oder gleichzeitig bei der Ausstellung der Verkaufsurkunde — an die Armen vertheilt habe, sodass diese von den Wirkungen der Eviktion unberührt bleiben?



er überhaupt — wenigstens der Regel nach — einen Käufer finden. Diese Abhängigkeit konnte häufig der vollen Ausnutzung der jeweiligen Verkaufskonjunkturen einer- und der jeweiligen Preisverwendungsmöglichkeiten andererseits stark im Lichte stehen. Die Rücksicht hierauf führte in **Oberitalien** während der ersten Hälfte des 9. Jahrhunderts zu einer interessanten Rechtsbildung, die sich bis in das 11. Jahrhundert hinein behauptete. Der Schenker entband nämlich sogleich bei der letztwilligen Vergabung durch entsprechende Fassung der lex traditionis[25]) für den Fall des etwaigen Verkaufs des Dispensationsobjektes den künftigen Käufer von jener oben erwähnten Schranke und sicherte ihm also von vornherein volles Eigenthum zu, das ihm bleiben sollte, mochte später die angeordnete Preisdistribution durch den Dispensator wirklich erfolgen oder nicht. „Sic illis emtoribus firmis permaneat, tanquam si ego met vivens legiptima cartula vindicionis (= venditionis) emisissem“.[26]) **Jetzt** brauchte der Käufer nicht mehr im eigenen Interesse darauf bedacht zu sein, dass der Dispensator den erhaltenen Kaufpreis für die Kirche oder für die Armen gehörig verwendete. In den die Erogatorkompetenz umschliessenden Wall war an dieser Stelle Bresche gelegt. Aber man suchte, so gut es ging, die Lücke wieder auszufüllen. Diesem Bestreben entwuchs das *„Breve receptorium“*, für dessen häufige Anwendung die Widmung eines besonderen Formulars im Cartularium Langobardicum (erste Hälfte des 11. Jahrhunderts) beredtes Zeugnis ablegt. Daselbst lautet die Forma 14:

„Traditio brevis receptorii.

Petre (der Treuhänder), trade per hanc pergamenam brevem receptorium de una pecia de terra, quae est in tali loco, quae habet coherentias tales, que fuit iuris Martini presbyteri (des Donators), unde ipse Martinus presbiter te instituit suum erogatorem ad venundandum

---

[25]) Diese, für die weiteren Schicksale des tradirten Grundstücks massgebend, war der mannigfaltigsten Ausgestaltung fähig — eine Eigentümlichkeit des germanischen Rechts von weittragender Bedeutung. Oben S. 30 f. (auch N. 4 daselbst) und unten § 11.

[26]) So oder ganz ähnlich: H. P. M. XIII 127 (836), 135 (839), 215 (861), 233 (864), 496 (922), 816 (983), 870 (992), 880 (993).

ipsam peciam de terra, cui melius potuisses, et precium quod inde tulisses pro anima ipsius ad egenos dedisses vel ad tuum opus retinuisses, ad Johannem (den Käufer), ut faciat exinde a presenti die proprietario nomine ipse ....; et caetera uti in venditione cum defensione vel sine defensione (formae 2 und 3 des Kartulars) vadunt."

Zwei uns in H. P. M. XIII 133 (839) und 268 (876) erhaltene mailänder Exemplare dieser Urkundengattung, die sich als „breve (is) receptorium (us)" und als „breve (is) paratorium (us)" bezeichnen, ferner die den Dispensator ausdrücklich auf das Breve receptorium hinweisenden letztwilligen Vergabungen in H. P. M. XIII 135 (839), 233 (864), 496 (922), 816 (983), 868 (992), 870 (992), die in Mailand, Pavia und anderen oberitalienischen Orten ausgestellt sind,[27]) die Erwähnung eines „breve receptario" als Erwerbsurkunde in Chart. I 133 (969) und endlich mehrere Randglossen des liber Papiensis, nämlich zu Pipp. 31 (33)[28]) und zu Wido 6,[29]) vervollständigen das Material.[30])

Das Breve receptorium ist eine Carta venditionis.[31]) Es ist eine Carta, dispositive Urkunde, und nicht, obwohl es sich selbst so nennt, ein Breve im technischen Sinne = Notitia, Beweisurkunde, wie aus der subjektiven Fassung der beiden uns erhaltenen Exemplare, aus dem Umstand, dass Aussteller und Empfänger der Urkunde verschiedene Personen sind, aus dem im Kartular auch hier vorgesehenen Formalismus der Urkundentradition und den damit im Einklang stehenden *post traditam-*

---

[27]) Unter der in H. P. M XIII 215 (861) und 880 (993) erwähnten „cartola securitatis" bezw. „firmitas" ist offenbar auch ein breve receptorium zu verstehen.

[28]) zu dem Wort „dispenset" die Glosse: „De hoc fit brevis cum venditione, ut legitur in formis cartarum". (M. G. LL. IV S. 520 Sp. 1.)

[29]) Vgl. in der grossen Randglosse die Worte: „veluti si quis ita etc." (M. G. LL. IV S. 563 Sp. 1 Zeile 35 ff.) und über einen weiteren zum Verständnis dieser Worte nothwendigen Punkt unten § 13 N. 16.

[30]) Die Erwähnung des breve receptorium in Expos. § 6 zu Wido 6 beruht auf einem Irrthum.

[31]) nicht, wie Brunner, Urk. S. 97 bemerkt, Quittung über den Empfang des zu vergabenden Objekts.

Klauseln jener Exemplare unzweifelhaft hervorgeht.[32]) Es ist eine Carta venditionis. Das Formular unterscheidet sich vom gewöhnlichen Verkaufsformular einzig und allein dadurch, dass anstatt der im letzteren enthaltenen Worte „de petia una de terra, quae est tui (des Verkäufers) juris" sich der Passus einschiebt: „de una pecia de terra, quae fuit iuris Martini presbyteri (des Schenkers), unde etc. *bis* retinuisses". Der Unterschied bezieht sich also zunächst auf das Recht des Verkäufers am Kaufgrundstück. Der verkaufende Dispensator hat nicht volles Eigenthum, wie es beim normalen Verkauf der Verkäufer zu haben pflegt. Sein Recht hat geringere Qualität, welche die von ihm ausgehende Verkaufsurkunde selbst im Verhältnis zur gewöhnlichen carta venditionis zu etwas Geringerem macht. „Cui venundaverint, tantum (tantum solo)[33]) breve receptorio exinde emittant", sagt der letztwillig Verfügende bei der Festsetzung der Dispensatorbefugnisse.[34]) Aber diese Minderqualität wirkt nicht, wie früher, gegen den Käufer. Dieser erlangt jetzt, wie wir gesehen haben, sofort, ohne dass die Distribution des Preises vorangegangen, volles Eigenthum.[35]) Es heisst von ihm im Kartular und ähnlich in den Urkunden: „ut faciat exinde a presenti die proprietario nomine quicquid voluerit".[36]) Die Minderqualität äussert sich vielmehr in der Richtung gegen den verkaufenden Dispensator und zwar gegen ihn als Empfänger des Kaufpreises. In der Behandlung des Preises liegt der Wesensunterschied zwischen dem breve receptorium und der gewöhnlichen carta venditionis. Die letztere Form drängt dem Käufer die Nothwendigkeit auf, das Geld an den Dispensator unter der gleichen Beschränkung zu tradiren, unter welcher bis

[32]) Vgl. Brunner, Urk. S. 18, 26 f. Ueber Schwankungen in der Benennung der Urkunden vgl. Brunner a. a. O. S. 13 N. 1 und 19 ff.

[33]) tantum = nur so viel und nicht mehr.

[34]) H. P. M. XIII 135, 233, 868.

[35]) Die Anweisung an den Dispensator, ein breve receptorium auszustellen, steht regelmässig im engsten Zusammenhang mit der oben S. 72 Text zu N. 26 besprochenen Zusicherung des Schenkers zu Gunsten des Käufers. Vgl. z. B.: H. P. M. XIII 816 (983): „et cui exinde breve receptorio emiserint, . . . sic sit illi firmum et stabilem, tamquam si ad (= a) me . . . emissi fuissent . . . ."

[36]) Vgl oben S. 65

dahin das dingliche Recht desselben am Grundstück gestanden hat. Nicht anders soll der Treuhänder gestellt sein, als wenn ihm von Anbeginn sein Machtgeber die betreffende Geldsumme ad dispensandum pro anima in die Hand gegeben hätte. Er gewinnt darüber nicht freie Verfügungsmacht, sondern nur die Befugnis zur bestimmungsgemässen Distribution — eine Beschränkung, die freilich wieder ihrerseits die germanischrechtlichen Schranken der Mobiliarvindikation gegen sich hat und ferner durch die aus der Vertretbarkeit des Geldes sich ergebenden Konsequenzen bestimmt wird.[37]) In solchem Sinne muss er in der Verkaufsurkunde das Preisempfangsbekenntnis abgeben, das ja darin als Voraussetzung für den Eigenthumsübergang an der Kaufsache[38]) nicht fehlen darf. Und es dürfte damit auch der Name „receptorium“, zumal da jenes Bekenntnis in unseren Fällen immer an der Spitze der Urkunde gestanden haben mag,[39]) selbst die Bezeichnung „breve“, wegen des nicht dispositiven Charakters des Bekenntnisses, und die richtigere „brevis cum venditione“ (Glosse zu Pipp. 31) ausreichend erklärt sein.

Indem der Käufer also nur durch breve receptorium uneingeschränkter Eigenthümer des Kaufgrundstücks werden konnte,[40]) wurde er gezwungen, dem Treuhänder den Kaufpreis unter der dem Interesse des Donators entsprechenden, beschränkenden Massgabe zu tradiren, und es wurde auf solchem Wege das Ziel erreicht, zu welchem direkt, ohne jene Umschweife, der

[37]) Vgl. unten S. 94 f.

[38]) Vgl. Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte Heft 1 S. 3 N. 1, Brunner, Urk. S. 133 f.

[39]) Das ist bei den beiden uns erhaltenen Urkunden H. P. M. XIII 133 und 268 der Fall. Letztere beginnt: „Breve receptorio qualiter accepimus nos (es folgen die Namen der Verkäufer unter ausdrücklicher Hervorhebung, dass sie erogatores sind,) a te Petrone . . . argentum solidos decem finitum pretium pro campo petia una, que fuit jura et proprietatem suprascripti quondam Guadrulfi, quam nobis per suam ordinationem venundare statuit“.

[40]) Dass die entsprechende Anweisung des Donators dem Käufer nicht verborgen blieb, dafür sorgte die oben § 8 N. 15 bereits angedeutete, unten (§ 12) näher zu beleuchtende Rechtssitte, wonach man sich beim Erwerb eines Grundstücks die Erwerbsurkunde des Veräusserers und diejenigen seiner Vorgänger aushändigen liess. Vgl. namentlich unten § 12 N. 11.



im gemeinen Recht für ähnliche Fälle geltende[41]) Satz: *„Pretium succedit in locum rei“* hinführt.[42]) —

Die obigen Darlegungen zu 1 und 2 machen es zweifellos, dass in den Normalfällen[43]) der Treuhänder an den ihm anvertrauten Objekten ein dinglich beschränktes Recht hat. Auch insoweit sie dies an sich nur für den Dispensator im eigentlichen Sinne darthun, sind sie doch zugleich für die anderen Treuhänderkategorieen beweisend. Denn, was hier für den in freierer Stellung Befindlichen gilt, muss um so mehr auf den zu einer Thätigkeit im engeren Rahmen (z. B. zur Tradition an einen vom Geber namhaft gemachten Destinatär) Berufenen Anwendung finden. Das Gegenstück zur dinglichen Beschränkung auf Seiten des Treuhänders ist ein Rest von dinglichem Recht auf Seiten des Gebers oder hier regelmässig[44]) seiner Erben. Es besteht in einem dinglichen Rückforderungsrecht für den Fall, dass der Treuhänder in einer anderen, als der festgesetzten Weise über den Gegenstand verfügt.

## § 11.

### Eigenthum unter auflösender Bedingung.

Wie ist das dinglich beschränkte Recht des Treuhänders juristisch zu bestimmen? Zweierlei ist denkbar. Entweder:

---

[41]) cf. l. 22 D. de hereditatis petitione 5, 3.

[42]) Die Memorie lucchese enthalten unter den von Dispensatoren (im engeren Sinne) ausgestellten Verkaufsurkunden eine einzige, die nicht, wie die übrigen, mit dem Preisempfangsbekenntnis die Erklärung der bereits erfolgten Distribution des Preises verbindet. Dafür heisst es dort: „pretium recepi . . . solid. viginti in prefinito, quos pro animam ipsius . . . Aufridi presb. (des Donators) distribuere cupio“. (Ml. V [2] 642 [847]). Da aber auch in dieser Urkunde der Dispensator die Gewährschaft ablehnt, so hat man sicher schon für den Augenblick des Verkaufsschlusses den Uebergang des uneingeschränkten Eigenthums am Grundstück auf den Käufer angenommen. Jene Erklärung sollte dann offenbar dasselbe bedeuten, wie in Oberitalien die Wahl des Breve receptorium, dass nämlich der Dispensator seinerseits am Kaufpreis nur beschränktes Recht erhalte.

[43]) Gegensatz: Die am Eingang dieses Paragr. behandelten besonderen Fälle, in denen ausdrücklich volle Verfügungsfreiheit eingeräumt ist.

[44]) Auf Seiten des Gebers selbt in den S. 54 f. gedachten Fällen, soweit sie nicht unter die in der vorigen Note berührte Kategorie fallen. Beispiele: Ml. IV [2] 38 (867), V [2] 405 (816); H. P. M. XIII 243 (867).

Der Treuhänder hat ein dingliches Recht an fremder Sache; der Schenker oder seine Erben behalten das Eigenthum, bis es endgültig dem Destinatär der Schenkung oder einem Käufer vom Treuhänder verschafft wird. Oder: Der Treuhänder erlangt das Eigenthum und behält es, bis er es in der ihm vom Schenker vorgezeichneten Weise zu Gunsten des Destinatärs oder eines Käufers aufgiebt; der Schenker oder seine Erben haben bis dahin ein dingliches Recht auf eventuellen Rückfall.

Heusler[1]) entscheidet sich in Bezug auf den deutschen Salmann für die erste Alternative: Er stellt das dingliche Recht des Salmanns „gleich dem des Vormunds am Mündelgute“; der Salmann sei „selber nur eine Art Vormund“, er sei „Vormund über das Gut.“ Mag die Richtigkeit dieser Ansicht, was die Rechtsgebiete nördlich der Alpen anlangt, dahingestellt bleiben:[2]) jedenfalls lässt sich für das langobardische Recht die Vormundseigenschaft des letztwilligen Treuhänders nicht behaupten.

Zunächst zeigt sich in den Quellen keine Spur davon, dass damals eine ähnliche Auffassung obgewaltet habe. Wir haben zwar Beispiele dafür, dass Munt und Treuhänderrecht sich in derselben Person vereinigen. So räumt in Troya 908 (769 — Pisa)[3]) Dommolin, der im Begriff steht, in den Krieg zu ziehen, während seine zurückbleibende, unverheirathete Schwester Austricunda ins Kloster treten will, ihr die Befugnis ein, nunmehr unter Mitwirkung des gleichzeitig von ihm als „dispensator“ bestellten Priesters Ufrit über ihr erworbenes Gut im Interesse ihres Seelenheils zu verfügen; er verbietet seinen Geblütserben, nach seinem Tode gegen solche Verfügungen irgend wie (kraft Mundialrechts) vorzugehen, und belegt die Zuwiderhandelnden

[1]) Inst. I S. 219 f.

[2]) Ich glaube, dass sie auch dort nicht zutrifft. Heusler sagt II S. 19: „Das dingliche Recht des Vormunds an den Liegenschaften des Mündels besteht nur, insofern dem Vormunde wirklich die Gewere, d. h. die Nutzung an denselben zukommt“, während er andererseits (I S. 219) behauptet, dass der Salmann regelmässig nicht die Nutzungen des anvertrauten Gutes geniesse. Ist beides richtig, so ist damit die Parallele zwischen dem Salmann und dem dinglich berechtigten Muntinhaber wieder in Frage gestellt.

[3]) Vgl. über diese Urkunde Bluhme in Ztschr. f. R. G. 11 S. 380 und Rosin, Die Formvorschriften für die Veräusserungsgeschäfte der Frauen nach langob. R (Gierke's Unters. Heft 8) S. 3 N. 9.

mit einer Busse zu Gunsten des Dispensators. Und nach C. C. 494 (996 — Salerno) hatte der sterbenskranke Marinus seinen Bruder Desijo aus Amalfi zum „distributor" für den Verkauf seiner Güter und Tilgung seiner zahlreichen Schulden bestellt; nachdem er gestorben, verkauft sein minderjähriger Sohn Ursus, von Gläubigern hart bedrängt, zusammen mit Desijo („thio[4]) et distributor meus") unter den Kautelen der l. 19 Liutpr.[5]) gewisse Grundstücke des Nachlasses, um den Preis zur Schuldentilgung zu verwenden. Gewiss ist dort Ufrit, hier Desijo Träger einer dinglichen Mundialgewalt, aber eben einer echten Mundialgewalt, die im ersten Falle auf einer Verfügung[6]) des früheren Muntinhabers (des Bruders als Geschlechtsvormundes), im zweiten auf der Blutsverwandtschaft beruht. Weder für den einen noch für den anderen liegt der Grund dieser Gewalt in der Eigenschaft als Dispensator, Distributor. Diese letztere schreibt sich im ersten Falle aus der Anweisung her, die Dommolin an Ufrit erlässt, die ihm übertragene Munt nur zu Veräusserungen pro anima, zu frommen Zwecken, zu gebrauchen; die Munt selbst wird dem Ufrit zu treuer Hand ad dispensandum gegeben. Im zweiten Falle läuft die Distributor-Eigenschaft selbständig neben der Munt her; sie ist dem Desijo zu Theil geworden, damit er geeignetenfalls auch ohne den Minderjährigen und ohne die Kautelen der l. 19 Liutpr. den Verkauf vornehmen könne.

Aber es sind langobardische Munt und langobardische Treuhand von Todeswegen auf dem hier interessirenden sachen-

---

[4]) = patruus, Vatersbruder.

[5]) Deutlicher Hinweis auf diese lex in den Worten: „per largietatem et absolutionem . . . principi, quem (= qui) nobis dandum (d. h. zwecks Ertheilung dieser Genehmigung nach causae cognitio) direxit per ipsum Adenolfus (um) iudex (icem)". Aus diesem Passus ergiebt sich, dass Ursus minderjährig war. Der wunderliche Zusatz: „iusta legem et consuetudo nostre romanorum" erklärt sich durch die Bemerkungen bei Brunner, D. R. G. I S. 257 und bei Ficker, Mitth. des Instituts für österr. Geschichtsforschung, Ergänzungsband II (1888) S. 53 ff.

[6]) Ueber mundium als Objekt letztwilliger Verfügung vgl. Urk. v. 1036 bei Brunner Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 130 f. (Forsch. S. 582 ff.) und Urk. v. 1184 (inserirt in einem Dokument von 1186) bei Palumbo S. 344 [oben § 3 N. 46].

rechtlichen Gebiete auch nicht wesensverwandt. Das Treuhänderrecht ist hauptsächlich Veränsserungsrecht, auf das Veräussern als Endziel gerichtet; der Treuhänder handelt bei der Veräussernng allein, selbständig, ist nicht an die Mitwirkung eines Anderen — des Schenkers oder seiner Erben — gebunden. Das dingliche Recht des Muntwalts dagegen ist viel weniger auf Veräusserung, als vielmehr gerade darauf gerichtet, eine Veräusserung zu verhindern oder unwirksam zu machen. Güter des Minderjährigen dürfen nach langobardischem Recht nur in gewissen Ausnahmefällen — Luitpr. 19, 73 [74], 148 [149] — unter Einhaltung besonderer schützender Massnahmen, worunter sich nicht einmal muntherrlicher Konsens befinden muss, veräussert werden; Veränsserer ist der Minderjährige selbst.[7]) Und weder der Ehemann noch der Geschlechtsvormund darf über Liegenschaften der seiner Munt unterworfenen Ehefrau, Jungfrau oder Wittwe ohne deren Mitwirkung verfügen.[8])

Der Vergleich mit der dinglichen Mundialgewalt ist also nicht am Platze. Ich gehe weiter und nehme an, dass der langobardische Treuhänder überhaupt kein dingliches Recht an fremder Sache, sondern Eigenthum, wenn auch beschränktes Eigenthum, hatte.

Man vergegenwärtige sich den Entwicklungsgang des germanischen Sachenrechts, von welchem neuestens Huber,[9]) den Blick freilich in erster Linie auf das Recht in deutschen Landen gerichtet, in grossen Zügen ein fesselndes Bild entrollt hat — ein Bild, das ich mit Sicherheit im langobardischen Recht wiederzuerkennen glaube. Am Eingang stand das Eigenthum

---

[7]) Kraut, Vormundschaft Bd. 2 S. 4 ff. und 610; Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft Bd. 1 S. 197 ff.; Hensler, Instit. II S. 487 f.; Schroeder, Lehrb. d. d. R. G. § 35 sub V, 2. Aufl. S. 313 und 316 a. E.

[8]) Für den Ehemann ist l. 22 Liutpr. entscheidend: Kraut a. a. O. S. 446 ff.; Schroeder, Geschichte des ehel. Güterrechts Theil I S. 129 [16] und 134 [34]; Derselbe, Lehrb. § 35 [269] u. [270] 2. Aufl. S. 311; Rosin a. a. O. S. 44. Bezüglich des Geschlechtsvormundes vgl. Schroeder, Gesch. d. ehel. G. Theil I S. 5 [25] nnd Lehrb. S. 316 a. E.; Rosin a. a. O. S. 57 [62].

[9]) Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (Festgabe für Halle) 1894. Vgl. namentlich die Zusammenfassung S. 54 ff. Hinweise nach der gleichen Richtung auch bei Sohm, Fränk. R und röm. R. S. 40 und bei Brunner, Landschenkungen S. 1197 f. (Forsch. S. 32).

als einzige dingliche Herrschaft, identisch mit der im thatsächlichen Nutzbesitz sich äussernden Gewere (potestas). Als die Folgezeit in steigendem Masse das Bedürfnis weckte nach einer mannigfaltigeren Gestaltung der dinglichen Berechtigung, zumal an den Grundstücken, trug man ihm zunächst nur Rechnung in der Ausbildung des inneren Verhältnisses zwischen den mehreren, nunmehr in verschiedenem Grade an der dinglichen Herrschaft zu betheiligenden Personen. Das kam da, wo Privatwillkür solche mehrfache Betheiligung begründete, im „Geding" (Huber) oder, was dasselbe sagen will, in der „lex donationis, traditionis" (Brunner) zum Ausdruck. Das Geding konnte beim Verkauf den Wiederkauf vorbehalten (Verpfändung), die Uebertragung des Eigenthums auf die Lebenszeit beschränken und bot überhaupt Gelegenheit zur Festsetzung der verschiedenartigsten Modifikationen des Eigenthums. Damit war dann das dermalige Eigenthum, das immer noch mit der Gewere identisch blieb, zu Gunsten des früheren Eigenthümers betagt oder bedingt, und der letztere hatte auf Grund dessen nach Inhalt der lex traditionis ein dingliches Rückforderungsrecht. Kraft der Publizität — nur, insoweit als diese vorhanden war, — vermochte die solchergestalt erfolgte Regelung über den (inneren) Kreis der unmittelbar dabei betheiligt Gewesenen hinaus nach aussen Macht zu gewinnen, jenes Rückforderungsrecht gegen Dritte wirksam zu werden. „So konnte, sagt Huber (S. 62), die Rechtsordnung mit der Gewere als dem einheitlichen Ausdruck des Eigenthums in der Bedeutung der einzig bekannten und anerkannten dinglichen Herrschaft über die Sachen sehr wohl auskommen," wobei freilich das Eigenthum „sich von demjenigen des späteren und modernen Rechts darin unterscheidet, dass es auch als bedingt und betagt zugelassen wurde." Aber dies wurde anders, als mit dem Beginn und Wachsen des Geldverkehrs bei den Grundstücken neben und abgesehen von der Nutzung auch die Verfügungsmacht über das Recht selbst als ein eigener wirthschaftlicher Werth erschien und damit die Berechtigung neben und abgesehen von der thatsächlichen Herrschaft als die Hauptsache hervortrat. Nun begannen sich Eigenthum und Gewere zu zweien. Die nuda proprietas erhielt eine selbständige Bedeutung. Man erkannte ein gegenwärtiges Eigen-

thumsrecht auch da an, wo die Nutzung Anderen gehörte, und musste daher jetzt das Recht auf die vom Eigenthum getrennte Nutzung als etwas Besonderes, als ein dingliches Recht an fremder Sache, qualifiziren. Damit war der Weg freigelegt, auf dem man rasch fortschreitend dazu gelangte, die verschiedenen Arten des dinglichen Nutzungsrechtes selbst zu eigenen dinglichen Rechten an fremder Sache mit eigenen Namen und Normen zu erheben. So entstanden Leibzucht, Leihe, Pacht, nutzbare Satzung als selbständige Kategorieen.[10])

In diesem Entwicklungsstadium[11]) befand sich das langobardische Recht zu der Zeit (Mitte des 8. Jahrhunderts), als im Anschluss an die Vergabungen auf den Todesfall die letztwillige Treuhand entstand. Schon jene Vergabungen selbst zeigten in der einen ihrer beiden Rechtsformen, der donatio reservato usufructu, eine scharfe Trennung zwischen Eigenthums-

---

[10]) Nach Heusler (Instit. II S. 16 f.) wäre der Entwicklungsgang ein anderer gewesen. Er meint zwar auch, dass im Anfang „die einzelnen Sachenrechte nur als verschiedene Grade eines Grundbegriffes gedacht" waren. Er nimmt aber als solchen einen allgemeinen Begriff des Herrschaftsrechtes über eine Sache an, aus welchem sich später als Modalitäten neben einander Eigenthums-, Leibzuchts-, Satzungsrecht entwickelt hätten. Er hat in Folge dessen Schwierigkeit, sich mit den fränkischen Königsurkunden abzufinden, in denen Schenkung von Landgütern auf Lebenszeit durch die Worte „in proprietatem donare diebus vitae suae" oder ähnliche ausgedrückt wird, während diese Urkunden aus der Brunner-Huber'schen Ansicht heraus — was später Leiherecht, ist früher beschränktes, nämlich unvererbliches und unveräusserliches Eigenthum — sich leicht und durchaus befriedigend erklären. Vgl. Brunner, Landschenkungen S. 1198 ff. (F. S. 34 ff.) und Huber a. a. O. S. 58 [134].

[11]) An das frühere Stadium, wo das Eigenthum das einzige dingliche Recht war, klingt die merkwürdige l. 223 Roth. an. Danach fiel das zu Pachtzwecken hingegebene Grundstück bei erbenlosem Tode des Pächters ohne Rücksicht auf das Recht des Verpächters an die curtis regis, offenbar aus dem Grunde, weil man damals den Pächter noch als Eigenthümer, und nicht schon als dinglich Berechtigten an fremder Sache, behandelte. Dass nämlich in der lex unter *praestare* die Hingabe eines Grundstücks zu Pachtzwecken verstanden war und nicht die Hingabe eines Gelddarlehns, erscheint mir mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des Edikts (vgl. Roth. 227) und der Urkunden (vgl. z. B.: R. F. 239 [819]) als ausgemacht. Dies wurde auch nach dem Bericht der Expositio (§ 3 zu Roth. 223) von den „antiqui iudices" angenommen, während der Verfasser der Expositio selbst die gegentheilige Ansicht (Gelddarlehn) vertritt.

recht und dinglichem Nutzungsrecht. Ususfructus (Leibzucht), beneficium, ius libellarium (Pacht), affiduciatum (nutzbare Satzung) waren als besondere dingliche Rechte an fremder Sache ausgebildet. Aber über dieses Stadium der Differenzirung der dinglichen Nutzungsrechte hinaus ist das langobardische Recht vor dem Eindringen des römischen nicht gelangt. Das Veräusserungsrecht blieb an das Eigenthum gefesselt. Ein Veräusserungsrecht ohne Eigenthum, also von der Art, dass der Nichteigenthümer einem Dritten hätte Eigenthum übertragen können, blieb unverstanden.[12]) Wo ein zeitlich oder inhaltlich beschränktes Veräusserungsrecht gegeben sein sollte, wurde dies nach wie vor durch das Geding, durch die lex donationis vermittelt. Der jeweilig zur Veräusserung Befugte erschien als Eigenthümer; derjenige, zu dessen Gunsten das Veräusserungsrecht beschränkt war, hatte kraft des Gedings entweder, wenn er der frühere Eigenthümer war, ein dingliches Recht auf den Rückfall oder, was im langobardischen Recht[13]) gleichfalls schon lange möglich war, (Beispiele: thinx lidinlaib, donatio post obitum) als künftiger Erwerber ein dingliches Recht auf den Anfall.

Es leuchtet dies am besten ein bei einem Blick auf das langobardische Pfandrecht. Das langobardische Recht kannte schon frühe neben dem Nutzungspfand (affiduciatum), häufig mit ihm verbunden, eine Verpfändungsform, die dem Gläubiger auch die Möglichkeit einbrachte, sich aus dem Substanzwerth des Pfandgrundstücks durch Verkauf zu befriedigen. Allein diesen Erfolg erreichte man nicht anders, als indem man bei Säumnis des Schuldners das Eigenthum des Grundstücks selbst dem Gläubiger anfallen liess, der nun als selbstverständliche Folge neben den sonstigen Eigenthumsbefugnissen auch die Verkaufsbefugnis gewann (Verfallpfand). Man bewegte sich dabei vollständig auf dem Gebiete jener oben gekennzeichneten Eigenthumstraditionsgeschäfte, die durch dinglich wirkendes Geding, lex traditionis, in der dem gewollten Zweck entsprechenden

[12]) Natürlich fand das umgekehrte Verhältnis — Eigenthum ohne Veräusserungsrecht — keinen Anstand.

[13]) da hier die reale Investitur schon lange nicht mehr nöthig war und man daher die blosse Anwartschaft als dingliches Recht übertragen konnte.

Weise modifizirt waren. Sehen wir von der uns an dieser Stelle weniger interessirenden, in forma 9 des Cartularium Langobardicum geschilderten Art[14]) ab, so vollzog sich die Verpfändung hier in der Weise, dass der Schuldner für den Fall seiner Säumnis dem Gläubiger den „Anfall" übertrug, d. h. ihm durch Begebung einer bedingten Verkaufsurkunde suspensiv bedingtes Eigenthum am Pfandgrundstück tradirte. Zahlte er zur Zeit der Fälligkeit seine Schuld nicht, so war in diesem Augenblick dem Gläubiger auf Grund des Gedinges ohne Weiteres das Grundstück zu freiem Eigenthum erworben; derselbe konnte von nun an damit machen, was er wollte.[15]) Aus diesem Rahmen trat man — und es ist dies sehr bezeichnend — selbst dann nicht heraus, als man das Plus, mit welchem der Werth des Pfandgrundstücks den Schuldbetrag überstieg, zu Gunsten des Schuldners zu berücksichtigen begann. Man machte nämlich hier durch entsprechende Fassung der lex traditionis den Anfall des Grundstücks an den Gläubiger noch von der weiteren Bedingung abhängig, dass dieser jene hyperocha in Geld, gleichsam — wie dies auch die Urkunden zum Ausdruck bringen — als Kaufgeldrest, dem Schuldner vergütete. Dabei wurde die Höhe der hyperocha entweder von vornherein festgesetzt,[16]) oder es wurde die Festsetzung einer späteren, nach dem dermaligen Werth durch Sachverständige (docti homines) unter Aufsicht des Gerichts vorzunehmenden Abschätzung überlassen.[17]) Also auch hier, obschon im Interesse des Schuldners unter stärkerer Verklausulirung des Anfalls im Geding, doch schliesslich volles Eigenthum für den Gläubiger; keine Loslösung des Veräusserungsrechts vom Eigenthum, kein lediglich nach der Veräusserung zielendes, dingliches Recht an fremder Sache! Den mächtigen Anlauf, welcher in Deutschland während des späteren Mittelalters, veranlasst durch

---

[14]) Darüber unten § 13 N. 8—10.

[15]) Vgl. als Beispiele: Ml. V [2] 424 (819), C. C. 769 (1025), dazu Brunner Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 71, 542 ff. (Forsch. S. 530, 620 ff.), Heusler, Inst. II S. 136 f., 145.

[16]) C. C. 316 (979).

[17]) Ficker, Forschungen IV nr. 75 (1077) und namentlich nr. 95 (1115). Vgl. auch die von Kohler, Pfandrechtl. Forschungen S. 85 f. und 88 f. citirten Urkunden von 809 und 1117.

die Bedürfnisse des Realkredits, zur Anerkennung[18]) des Distraktionspfandes (neuere Satzung?[19])) führte, hat das langobardische Recht nicht mehr mitgemacht[20]) und nicht mehr mitmachen können; zu dieser Zeit war bereits das römische Recht mit der römischen Hypothek auf den Plan getreten.

Ist hiernach im langobardischen Recht[21]) dasjenige Pfandgeschäft, welches dem Gläubiger den Verkauf des Pfandgrundstücks ermöglicht, nicht „aus der Kategorie der modificirten Eigenthumsübertragungsgeschäfte" ausgeschieden, das dadurch begründete Pfandrecht nicht zu einer „wirklich selbständigen juristischen Figur",[22]) zu einem besonderen dinglichen Recht an fremder Sache, gediehen, so wird man dies um so weniger für das letztwillig einen Treuhänder zur Veräusserung berufende Geschäft bezw. für die sachenrechtliche Kompetenz dieses Treuhänders annehmen dürfen. Auch der veräussernde Treuhänder wird dem langobardischen Rechtsbewusstsein nicht als ein Eigenthum übertragender Nichteigenthümer erschienen sein. Er hatte vielmehr von dem Moment, in welchem seine Zuständigkeit begann, wirkliches, gegenwärtiges Eigenthum. Die Tradition

---

[18]) Vgl. v. Meibom, Deutsches Pfandrecht S. 435 [119] (verglichen mit S. 346), ferner die auf das Konventionalpfand bezüglichen unter den Belegen bei Kohler a. a. O. S. 6 ff. und Stobbe, Deutsch. Priv. R. II § 107 (2. Aufl. S. 310 f.). Vgl. auch Heusler, Inst. II S. 131 f., 149 am Anf. und die Rubrizirung bei Franken, Das französ. Pfandrecht im Mittelalter I S. 207 f.

[19]) Ueber die schwankende Terminologie vgl. Heusler II S. 144 f.

[20]) Das „nominative obligare" in Liutpr. 66 (67) ist nicht, wie Kohler, Beitr. z. germ. Priv.-R.-Gesch. Heft 1 S. 16 [3] annimmt, auf ein Konventionaldistraktionspfand zu beziehen. Auch Expos. § 2 dazu unterstellt nur ein Verfallpfand: „creditori proprias factas, si statuto tempore redempte non fuerint." In der Urk. Ficker IV nr. 95 heisst es vom Verfallpfand: „per hoc scriptum specialiter obligavit".

[21]) Auch der Umweg durch die Stellvertretung hindurch (procurator in rem suam) war ja im langobardischen Recht nicht gangbar. Darüber, dass man im älteren römischen Recht wegen der Unzulässigkeit der Stellvertretung bei der mancipatio und, weil der Gläubiger, ohne selbst Eigenthümer zu sein, nicht gültig hätte mancipiren können, in Bezug auf res mancipi bei der Verpfändung durch fiducia verharrte, vgl. Oertmann, Die fiducia im römischen Privatrecht (1890) S. 134. — Man bedenke übrigens, dass das spätere deutsche Recht das Distraktionspfand immerhin nur in der Art zuliess, dass der Verkauf unter Mitwirkung der Obrigkeit, kraft gerichtlicher Einweisung bezw. im Exekutionswege, erfolgte.

[22]) Franken, a. a. O. S. 203, 204.

seitens des letztwillig Verfügenden an ihn war wirkliche Sachschenkung, donatio post obitum (zuweilen donatio inter vivos). Daran kann uns der Umstand nicht irre machen, dass die Urkunden in Bezug auf den Treuhänder nicht von „proprietas", „proprietario nomine" etc. sprechen. Man scheint diese Worte mit Vorliebe da gebraucht zu haben, wo es sich um ganz ungebundenes Eigenthum handelte, wie in der gewöhnlichen Verkaufsurkunde (Cartular. forma 2). Sie fehlen selbst in denjenigen oben (§ 10 N. 1 und 2) besprochenen Urkunden, in welchen dem Dispensator unzweifelhaft rechtlich ungebundenes Eigenthum beigelegt wird, — augenscheinlich wegen der ihm aufgelegten moralischen Verpflichtung.[23]) Andererseits haben wir doch wenigstens einen Anhalt dafür, dass die langobardische Jurisprudenz den Treuhänder als Eigenthümer betrachtet hat. In einem Exkurs[24]) zu dem Reichskapitular Karls des Grossen von 803 (= lib. Pap. Karol. 105), das in seinem zweiten Theile von einem auf den Todesfall bestellten Salmann handelt,[25])erläutert der lombardische Jurist Ugo(11. saec.) die Tradition an den Salmann mit den Worten: „sub modo vel ad tempus donari."[26])

Hat der Treuhänder Schenkungseigenthum, so fragt sich, wie die oben in § 10 festgestellte dingliche Beschränkung, aus

---

[23]) Bezeichnend ist auch folgender Passus in der letztwilligen Vergabung des Gasinden Tuido v. 774 (H. P. M. XIII 51): „universa mea substantia mea (= meae) reservo potestati ego . . ., dum advixero, usufructuario nomine vendendi, donandi, commutandi, ordinandi et judicandi, quia (= quid) aut qualiter voluero." Es handelt sich um donatio post obitum (im technischen Sinne); Tuido behält bis zu seinem Tode das Eigenthum. Er behält sogar kraft des ausdrücklichen Vorbehalts (oben S. 12) das freie Verfügungsrecht. Nur insofern, als es nicht dem gesetzlichen Erbgang verfällt („quod exinde aliter non fecero aut dedero vel judicavero, omnia sic debeat permanere, sicut superius est scriptum"), ist sein Eigenthum gebunden. Wegen dieses letzteren Punktes allein aber heisst es „usufructuario" statt „proprietario nomine".

[24]) M. G. LL. IV p. 507 n. 61.

[25]) Näheres darüber unten § 17. Vgl. vorläufig Hübner, donationes post obitum S. 62.

[26]) Anders die unter römischem Einfluss stehende Glosse „tradiderit" des Karolus de Tocco (Anfang des 13. saec.) zu dieser Stelle (= l. 5 Lomb. II, 18): „non ut dominum eum faceret, sed ut potestatem haberet distrahendi".

der dem Schenker oder seinen Erben das eventuelle dingliche Rückforderungsrecht erwächst, rechtlich aufzufassen ist. Sie entnimmt ihre Kraft aus der lex donationis, dem die Schenkung begleitenden Geding. Dieses lautet auf donatio „ad dispensandum pro anima, ad debitum solvendum, ad tradendum ad N. N.“ etc. und macht damit die Schenkung zur Zweckschenkung im germanisch-rechtlichen Sinne, wie sie Brunner in seinem Aufsatz über „die Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger“[27]) überzeugend dargelegt hat. Wie die hier aus allen germanischen Rechten, auch aus dem langobardischen (Roth. 177 u. 225)[28]), herangeholten Belege erkennen lassen, war der germanischen Schenkung schon an und für sich selbst der Charakter der Zweckschenkung und im Gefolge davon die Tendenz zum Rückfall an den Geber oder seine Erben eigen. Um so mehr bewährte sich diese Rückfallstendenz da, wo der Schenker seinerseits ausdrücklich der Schenkung einen bestimmten Zweck setzte. Hier hatte die Zweckbestimmung, wofern nicht der Schenker diese Folge durch besondere Klausel ausschloss — wie z. B. in den oben (§ 10 Anfang) gedachten Fällen durch die Klausel: „potestatem habeas faciendi quidquid volueris“ —, die Bedeutung, dass die Gabe im Falle der Nichterfüllung oder Vereitlung des Zweckes ohne Weiteres wieder nach der Seite des Gebers zurückfiel. Das heisst, juristisch betrachtet: Die Zweckbestimmung stellte die Schenkung unter eine Resolutivbedingung, die dahin ging, dass in solchem Falle das übertragene Recht erloschen sein sollte, sie bewirkte, dass von vornherein an den Beschenkten nur resolutiv bedingtes Eigenthum überging, das alles auch dann, wenn sie nicht vom Geber noch ausdrücklich als derartige Bedingung formulirt war.[29]) Es kommt daher auch für die letztwilligen Schenkungen zu treuer Hand nicht darauf an, dass in den einschlägigen Urkunden, soweit ich sie durchgesehen, niemals die Rückkehr des Gutes für den Fall bestimmungswidriger Ver-

---

[27]) Das nähere Citat oben S. 17 N. 14. Vgl. auch Brunner's Abhandlung „Ueber den germanischen Ursprung des droit de retour“ (1893) in den Forschungen S. 676 ff. (vgl. namentlich S. 732 ff. daselbst).

[28]) Landschenkungen S. 1189 f. (Forsch. S. 22 f.)

[29]) Brunner, ebendas. S. 1190 am Ende (F. S. 24).

wendung besonders ausbedungen ist. War dieser Passus entbehrlich, so begreift es sich gerade hier, dass der Schenker ihn nicht in seine Urkunde aufnahm. Es mochte ihm dann unangemessen erscheinen, gegenüber den Männern seines Vertrauens, zumal da sie meistens Kleriker waren, den Fall des Vertrauensbruchs und seine rechtlichen Wirkungen ausdrücklich hervorzukehren. Auch ohne dies verschaffte die Vergabung zu treuer Hand nach alledem nur resolutiv bedingtes Eigenthum.[30]) Die Bedingung wurde existent, wenn das Vergabungsobjekt dem gesetzten Zweck entfremdet oder der Zweck aus irgend einem Grunde unerfüllbar wurde. Die Folge war, dass das Eigenthum auf Seiten des Treuhänders erlosch und ohne jede Rücktradition dem Geber oder seinen Erben anfiel, die nun mit der dinglichen Klage (Eigenthumsklage) das Gut wieder in ihren Besitz bringen konnten.[31]) Die Defizienz der Bedingung stellte sich erst fest, wenn der Treuhänder das Gut an die Destinatäre schenkte oder es verkaufte, im Moment des Verkaufsschlusses aber nur bei gleichzeitiger, bestimmungsgemässer Verwendung des Kaufpreises oder wenigstens von vornherein bedingter Tradition des Kaufpreises an den Treuhänder (breve receptorium). Die Folge der Defizienz war, dass der Geber oder seine Erben den letzten Rest ihrer Rechte am Gute verloren, der Dritterwerber freies, uneingeschränktes Eigenthum erwarb. So gesellt sich die Treuhand neben die im germanischen Sachenrecht sehr zahlreichen und mannigfaltigen Fälle, in welchen die Bedingung unmittelbar das dingliche Recht selbst, nicht blos das hierauf gerichtete Geschäft, erfasst, also allein, ohne Hinzutritt anderer

[30]) Brunner, a. a. O. S. 1197 (F. S. 32) spricht gelegentlich von dem befristeten oder bedingten Eigenthum des Salmanns.

[31]) Beispiele für diese Klage kann ich aus dem langobardischen Urkundenbereich nicht beibringen. Wohl aber gehört hierher die bretonische Urkunde nr. 385 des Cartulaire de Redon (vgl. Hübner, Immobiliarprozess S. 178 f. und Brunner, Forsch. S. 33). Hier klagt Wordoital mit der Behauptung, dass er dem Priester Manweten ein Grundstück geschenkt habe mit der Massgabe, dass dieser es nicht an einen Anderen, als an die ecclesia Rufiac, transferiren dürfe, während dies trotzdem geschehen sei. War in diesem Falle vielleicht auch die Weiterübertragung an die Kirche nicht der erste Zweck der Schenkung, Manweten nicht reiner Treuhänder, so macht dies doch für den uns gegenwärtig interessirenden Punkt, bei dem es allein auf die verliehene Rechtsmacht ankommt, keinen Unterschied.

Momente, das dingliche Recht zur Wirksamkeit bringt oder beseitigt,[32]) — eine Erscheinung, deren historischen Grund wir oben (S. 79 ff.) kennen gelernt haben. Es verträgt sich mit dieser Auffassung der Treuhänderkompetenz durchaus das Fehlen des „se exitum dicere“ in der Urkunde des Mannes fränkischer Nation (oben § 10 Ziff. 1). Denn das ist nicht blos gerechtfertigt, wenn der Eigenthümer, ohne sein Eigenthum aufzugeben, nur ein dingliches Recht an seiner Sache für einen Dritten begründet, sondern auch, wenn er, wie hier, zwar Eigenthum überträgt, sich aber durch Resolutivbedingung das Recht auf eventuellen Rückfall offen lässt. Gerade „in dem Mangel der Auflassung kommt der Vorbehalt der Resolutivbedingung zum Ausdruck.“[33])

## § 12.

### Publizität. Liegenschaft und Fahrnis.

Die in der schwebenden Resolutivbedingung liegende dingliche Beschränkung des Eigenthums zu treuer Hand konnte gegen Dritterwerber Wirkung haben. Dies ist oben in § 10 Ziff. 2 nachgewiesen worden, namentlich aus der Rechtslage, wie sie sich inhalts der Quellen bei dem Verkauf des überwiesenen Gutes durch den Dispensator (im eigentlichen Sinne) ergab. Diese Wirkung gegen Dritte setzte Offenkundigkeit (Publizität) jener dinglichen Beschränkung voraus, ein solches Mass von Offenkundigkeit, dass jeder Dritterwerber ohne Härte der Beschränkung unterworfen werden konnte, gleichgültig ob er im einzelnen Falle wirklich davon wusste oder nicht.[1]) Nun mögen auch die Langobarden in Bezug auf

---

[32]) Ich nenne für die Suspensivbedingung als Beispiele nur die donatio post obitum, das Verfallpfand (oben S. 82 f.), den Rentenkauf (v. Schwind in Jhering's Jahrb. 33 (1894) S. 20 f.), für die Resolutivbedingung den Rückfall bei den Leihe- und Lehnsverhältnissen, den Verkauf auf Wiederkauf (Heusler, Inst. II S 79 und 138 f.). Vgl. noch die Citate bei Kohler, Beitr. z. german. Pr. R. G. Heft 2 S. 20 N. 2.

[33]) Heusler II S. 79; vgl. Brunner, Landschenkungen S. 1194 [1] (F. S. 28 [2]).

[1]) Diese Bedeutung der Publizität im germanischen Sachenrecht ist treffend gekennzeichnet von Huber in der oben in § 11 N. 9 citirten Schrift, vgl. besonders S. 14, 60 ff.

Grundstücke früher eine volksrechtliche Form der Rechtsveränderung gekannt haben, welche den Akt selbst im Augenblick seiner Vornahme den Volksgenossen in genügendem Masse kundthat (Vornahme auf dem Grundstück, in mallo).[2] In der hier interessirenden Zeit war aber bei weitem vorherrschend und wurde jedenfalls bei den ordentlichen Vergabungen auf den Todesfall, auch denjenigen zu treuer Hand, ausschliesslich angewendet die Form der traditio cartae.[3] Sie vollzog sich an beliebigem Orte vor einem Schreiber, später einem Notar, und vor einigen Zeugen; dabei war also durch den Akt selbst eine Gewähr für ein ausreichendes Bekanntwerden der Rechtsveränderung nicht gegeben. Aber es bot Ersatz eine Rechtssitte, die sich unter Benutzung des Beweiswerthes[4]) der Urkunde in der langobardischen Rechtspraxis entwickelte.

Jede Rechtsveränderung nämlich, die vermittelst traditio cartae stattgefunden hatte, war damit zugleich erschöpfend beurkundet. Ihr Inhalt bestimmte sich nach dem Inhalt der

---

[2]) Vgl. Liutpr. 115 (116) u. Brunner in den Mitth. des Instit. für österr. Geschichtsforschung Bd. 2 S. 13 f.

[3]) Vgl. Brunner Urk. S. 130 ff, 139, Sohm, Fränk. R. u. röm. R. S. 28 a. E. Vgl. speziell für die donationes post obitum und sogar für das Recht in Deutschland Hübner, donationes post obitum S. 33 f.

[4]) Denn die carta war bestimmt, auch als Beweismittel, nicht blos als Perfektionsmittel, zu dienen (Brunner Urk. S. 97 ff.). Freilich wird neuerdings von A. S. Schultze in Grünhut's Zeitschrift Bd. 22 S. 101 f. behauptet, dass sie diese Funktion im Prozesse nicht habe erfüllen, „die stattgehabte Abgabe der darin bekundeten Willenserklärung und damit den Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht habe beweisen“ können, weil sie der Schelte ausgesetzt gewesen sei und diese sowohl die formelle Echtheit als die materielle Wahrheit in Frage gestellt habe. Aber das kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls bot schon die blosse Möglichkeit, eine Urkunde zu produziren, für den Prozess einen Vorzug in der Beweisrolle (vgl. Hübner, Immobiliarprozess S. 171 ff.); ferner stellte die Urkunde in dem Notar und den Zeugen, die darin benannt waren, Personen zur Verfügung, die, wenigstens nach dem langobardischen Recht der fränkischen Zeit, für die Wahrheit des beurkundeten Vorgangs eintreten mussten (lib. Pap. Wido 6, dazu Brunner, Deutsche Rechtsgesch. II S. 425 f); endlich hatte die Fälschung für den Notar den Verlust der Hand zur Folge (Wido 6). Das waren Garantieen, die für die Verwendbarkeit der Urkunde zu dem oben im Text geschilderten Zwecke vollständig ausreichten.

carta und war also für jeden, der in diese Einsicht nahm, erkennbar. Wer ein Grundstück in derivativer Weise erwerben wollte, erlangte daher über das Recht seines Auktors dadurch sichere Auskunft, dass er sich die carta vorweisen liess, die seinerzeit für den Auktor von dessen Vorgänger ausgestellt worden war. Es wurde sogar schon frühe üblich, diese carta zur dauernden Sicherung der Legitimation sich mit dem Grundstück zusammen übereignen zu lassen. Und — das war nur eine selbstverständliche Folgerung[5]) — nicht blos die Erwerbsurkunde des Auktors, sondern auch die in dessen Hand befindlichen sämmtlichen Erwerbsurkunden seiner Vorgänger.[6]) Jetzt konnte der Erwerbslustige vor dem Vertragsschluss durch Einsicht in die ganze, ihm vom Veräusserer vorzulegende Reihe der Erwerbsurkunden sich über die Rechtslage des Grundstücks vergewissern. So wurde jene — im ganzen langobardischen Rechtsgebiet verbreitete — Uebung ein Mittel, dem Immobiliarverkehr die nothwendige Publizität zu verschaffen.[7]) Folgende besonders charakteristischen Urkunden mögen dies beleuchten:

Troya 944 (771): „offero Deo et tibi, Eccl. S. Martini, . . . . cartulam illam quam mihi fecerunt et confirmaverunt . . . . Ansuartus et Ermifridi et . . . .

---

[5]) Der Auktor, wenn er seine Erwerbsurkunde hergab, hatte natürlich kein Interesse mehr daran, die seinerzeit ihm eingehändigte Erwerbsurkunde seines Vorgängers zu behalten.

[6]) Auf dieses Faktum hat Brunner Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 70 [2] (Forsch. S. 529 [2]), auch Urkunde S. 116 aufmerksam gemacht.

[7]) Dieses Mittel unterschied sich von der Gerichtlichkeit des späteren deutschen (namentlich des sächsischen) Rechts dadurch, dass es nicht, wie diese, auch rückwärts wirkte. Es machte nicht auch den neuen Erwerb seitens des Dritten für die Inhaber alter, früher begründeter Rechte erkennbar. Daher konnte man nicht von den letzteren, wie im deutschen Recht (vgl. Huber a. a. O. S. 15), verlangen, dass sie den dem neuen Erwerb anhaftenden Mangel binnen der kurzen Frist von Jahr und Tag geltend machten, und nicht, wenn sie dies unterliessen, auf ihrer Seite Verschweigung, auf Seiten des neuen Erwerbers Heilung des Mangels annehmen. Daher im langobardischen Recht keine Verschweigung binnen Jahr und Tag und keine rechte Gewere, sondern nur eine langfristige Verjährung, die zum Theil nach Art der römischen Ersitzung gestaltet war. Vgl. Roth. 228, Grim. 4, Liutpr. 53 (54), Aist. 9 (18), dazu E. Heymann, Das Vorschützen der Verjährung (1895) S. 93—96.

una cum suprascripta Eccles. (diese Kirche ist das Traditionsobjekt) . . . et cum omnibus rebus ad eam pertenentem." Die Erwerbsurkunde ist geradezu in den Mittelpunkt der Oblation gestellt.

Ml. IV² 38 (867): „Teudilascius . . . . episcopus per cartulam pro anima sua remedium judicavit et dispensavit in potestate mea aliquanti(a)s casi(a)s . . . una cum omni cartule et monimina . . . . (monimen = Urkunde)."

In C.C. 494 (996) wird beim Grundstücksverkauf der Inhalt der „scriptiones de ex eadem rebus pertinentem" dargelegt; dann werden diese „supradicta monimina" dem Käufer übertragen.

In R.F. 667 (1013) erklären die Grundstücksverkäufer: „Monimina . . . nova et vaetusta quae exinde habemus, apud nos nostrosque haeredes reiacent ad conservanda et salva facienda pro aliis immobilibus locis nostris quae in eis esse et continere videntur, et pro hoc eas minime tradere potuimus. Sed si tibi tuisque successoribus opus intervenerit, semper eas pro vestra defensione demonstrare atque ostendere promittimus omni in tempore gratis." Die Nichtübergabe der Erwerbsurkunden wird also hier besonders motivirt; die Verkäufer suchen dem Bedürfnis des Käufers Genüge zu thun durch das Versprechen, die Urkunden im Bedarfsfalle zur Verfügung zu stellen.

C.C. 1120 (1049): Oblation: „Monimina que inde habuimus, tradidimus ad confirmationem . . . ."

Beltrani 15 (1053): „Nam pro parte aliorum hominum (zum Schutz gegen die Angriffe Anderer) ego . . . per fustem (Investitursymbol) dedi tibi . . . iamdicta cartula mea empcionis (die Erwerbsurkunde des Veräusserers) in defensionem cum integram potestatem meam."

Laut Ficker IV 95 (1115 Salerno)[*] übergiebt jemand bei Bestellung eines Verfallpfandes an seinem Grundstück dem Gläubiger auch 2 Erwerbsurkunden, deren Rückempfang für den Fall rechtzeitiger Schuldzahlung er sich ausbedingt, während sie im entgegen-

[*]) Dazu vgl. Brunner Ztschr. für Handelsr. 22 S. 72 (Forsch S. 531).

gesetzten Falle, ebenso wie das Grundstück, dem Gläubiger verfallen sollen. Es soll dadurch offenbar dem Schuldner während der Schwebezeit die Veräusserung des Pfandgrundstücks, zu welcher er die Befugnis sich auch ausdrücklich abspricht, erschwert und andererseits dem Gläubiger vom Tage des Verfalls an die Möglichkeit sofortiger Veräusserung gewährt werden.[9])

Wer also von einem Treuhänder ein Grundstück erwerben wollte, erkannte sofort bei der Prüfung der bis zu diesem herabreichenden Urkunden die Treuhänder-Eigenschaft des Gegenparts, die Bedingtheit seines Eigenthums. Kümmerte er sich aber der Rechtssitte zuwider nicht um die Erwerbsurkunden, so lag dann darin, dass die Bedingung, unvorhergesehen, auch gegen ihn ihre Wirksamkeit entfaltete, keine Härte; der ihm etwa daraus erwachsende Schade traf ihn nicht unverschuldet.[10]) Es verdient Hervorhebung, wie jene Sitte in unseren Fällen geradezu ein Schutz gegen Untreue des Treuhänders war, insofern er fürchten musste, sogleich bei dem Versuch bestimmungswidriger Weiterbegebung des Grundstücks um seine Erwerbsurkunde befragt und dadurch, dass man ihren Inhalt prüfte, entlarvt zu werden. Das macht uns auch die Thatsache begreiflich, dass häufig der letztwillig Verfügende noch selbst an den Treuhänder die Anweisung erliess, er möchte dem Destinatär oder beim Verkauf dem Käufer ein Exemplar der letztwilligen Verfügung übermitteln. So heisst es in H.P.M. XIII 233 (864): „breve receptorio illis emtoribus emitere debeat, et exempla de hac mea ordinacione

[9]) Vgl. auch C. C. 212 (961) und dazu Brunner a. a. O. S. 122 f. (Forsch. S. 575 f.).

[10]) Anders als Heusler I S. 221, hält Huber a. a. O. S. 61 N. 143 für die fränkische Zeit das dingliche Rückforderungsrecht gegenüber demjenigen, der vom ungetreuen Salmann das Grundstück erworben, für zweifelhaft. Er würde das Fehlen jenes Rechtes in diesem Falle um deswillen nicht als regelwidrig ansehen, weil „das Geding (die Abrede des Vertrauensgebers mit dem Salmann) hier nicht offenkundig zu sein pflegte.“ Dieser Grund trifft für das langobardische Recht jedenfalls nicht zu. Denn danach ist die Vergabung an den Treuhänder um nichts mehr oder weniger offenkundig, als die Tradition zum Zwecke der Verpfändung u. s. w. Die Offenkundigkeit des Gedinges gegenüber dem Dritterwerber liegt in jenem wie in diesem Falle in der vom Donator, Verpfänder u. s. w. ausgestellten Urkunde.

ei dare debeat, ut sic illis emtoribus firmis permaneat, tanquam si ego met vivens eorum legiptima cartula vindicionis emisissem."[11]) Nun konnten freilich Fälle vorkommen, in denen dem Treuhänder eine der Erwerbsurkunden fehlte. Z. B. die Erwerbsurkunde des Donators, die sich zur Zeit der Vergabung in der Hand eines Anderen (eines Miteigenthümers) befunden hatte: dann musste er sie, eventuell im Prozesswege, zu erlangen suchen.[12]) Oder es fehlte ihm seine eigene Erwerbsurkunde, weil die Tradition an ihn auf Grund der in l. 6 Liutpr. gegebenen Erlaubnis auf dem Sterbebette mündlich vollzogen worden, oder weil zwar gehörige traditio cartae an ihn erfolgt, die Urkunde aber später verloren gegangen war: dann musste er es sich angelegen sein lassen, womöglich durch Beibringung einer von den gesetzlichen Erben des Gebers ausgestellten Entsagungs- (Refutations-) Urkunde[13]) oder durch Zeugengedinge[14]) oder in ähnlicher Weise Ersatz zu schaffen.

Hiernach war im langobardischen Recht die Zweckbedingtheit des Eigenthums zu treuer Hand in genügendem Grade für dritte Erwerber der Sache erkennbar, um über diese ihre Wirksamkeit erstrecken zu können. Indessen dies galt nur für Liegenschaften. Dem Fahrnisverkehr[15]) fehlten, ebenso

---

[11]) Ebenso daselbst nr. 135 (839), 868 (992), 870 (992); die beiden uns erhaltenen receptorischen Breven erwähnen denn auch die Aushändigung eines solchen Exemplars seitens der Erogatoren an den Käufer: ibid. nr. 133 (839), 268 (876).

[12]) Ml. V² 240 (793): „pro remedio anime mee vennndare et dispensare debeatis portionem meam de casis et omnibus rebus illis, quas cum germanis meis a . . . Teuselmo . . comparavimus; et si aliquid ex ipsis rebus absque monimine abemus que (= quod, nämlich monimen) mihi pertinere debetur, vos et ipsam rem (d. i. die Urkunde) licentiam abeatis requirendi et pro anima mea dispensandi." Auch die Urkunde selbst erscheint als Dispensationsobjekt; vgl. Ml. V² 405 (816): „potestate abeatis jam dictis casis et rebus . . . . una cum ipsam cartulam qua in me exinde emiserunt (sc. die Rechtsvorgänger), pro anime mee remedium vendendi et dispensandi".

[13]) etwa nach Art — mutatis mutandis — der Urk. C. C. nr. 105 (894).

[14]) Vgl. C. C. 1022 (1043).

[15]) Vgl. zum Folgenden die trefflichen Ausführungen von Heusler, Instit. I S. 284 ff., II S. 4 ff. und von Huber, Gewere S. 10 ff., 60 f., welcher letztere in der Bedeutung der Publizität den richtigen Schlüssel für die Erkenntnis des Gegensatzes zwischen germanischem Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht gefunden hat

wie in den übrigen germanischen Rechten, Vorkehrungen, die einem die Uebereignnng beschränkenden Geding Publizität im Verhältnis zu Dritten verschafft hätten. Er würde sie seiner Natur nach gar nicht vertragen haben. Gewiss war der letztwillige Treuhänder auch in Ansehung der Mobilien — mochten sie kraft einer das ganze Fahrnisvermögen ergreifenden donatio per cartam mit dem Tode des Donators unmittelbar in seine Gewere gekommen oder erst von den gesetzlichen Erben oder von Nachlassschnldnern eingezogen oder erst vermöge seiner Thätigkeit (Verkauf) an Stelle anderer Sachen in die Erbschaft gelangt sein[16]) — durch die Zweckbestimmung rechtlich gebunden. Gewiss war er dinglich gebunden und hatte, wie an Grundstücken, nur resolntiv bedingtes Eigenthum. Wurde also die Resolutivbedingung existent, war z. B. die Zeit abgelaufen, die ihm für die Dispensation gesetzt war,[17]) oder hatte er mit bestimmungswidriger Verwendung den Anfang gemacht, so konnte er auch auf Herausgabe der Mobilien mit der dinglichen Klage, mit dem „Malo ordine possides“ angesprochen werden. Hatte er die Mobilien aber bereits an die falsche Adresse befördert, so konnten die Erben des Donators gegen die dritten Besitzer, selbst wenn sie beim Erwerb die Sachlage überschaut hatten, nichts ausrichten. Der Grund, weswegen bei Liegenschaften alle Dritten der Wirkung des Gedings unterworfen wurden, war hier nicht gegeben. Da man Fahrnis durch Entgegennahme blosser körperlicher Tradition sollte gültig erwerben können, so war damit auch der regelmässige Anlass und die regelmässige Gelegenheit abgeschnitten, von einem Geding, welches das Recht des einen oder des anderen Vormannes beschränkt hatte, sich Kenntnis zu verschaffen; das Geding entbehrte hier derjenigen Offenkundigkeit, welche bei den Grundstücken durch jene oben geschilderte Sitte vermittelt wurde. Daher begegnet denn auch in unseren Urkunden nichts von einem breve receptorium oder dergleichen in Bezug auf Mobilien. Vielmehr kommt zuweilen die verschiedene Rechtsstellung, welche Liegenschaft und Fahrhabe für den Verkehr des Treuhänders mit der Aussenwelt einnehmen, schon in den letztwilligen Verfügungen innerhalb der dem Treuhänder

[16]) Oben § 8 S. 53 f und § 10 S. 74 ff.

[17]) z. B. Jahresfrist in H. P. M. XIII 215 (861).

ertheilten Weisungen zum Ausdruck. So z. B. in H.P.M. XIII 816 (983):

„statuo, ut sint . . . mei erogatores predictis rebus familia et mobilia ad venundandum cui melius potuerint, et precium quod exinde acceperint, pro anima mea . . . mercedem distribuant, ubi eorum secundum Dominum melius aparuerint, et cui exinde breve receptorio emiserint, aut de ipsa mobilia dederint, sic sit illi firmum et stabilem, tamqnam si ad (= a) me illis datis aut tradetis vel emissi fuissent pro anima mea mercedem."

Waren die dem Treuhänder anvertrauten Mobilien durch Veruntreuung aus seinem Besitz gelangt und daher mit der dinglichen Rückforderungsklage „Malo ordine possides" nicht erreichbar, so trat an die Stelle eine persönliche Schadensersatzklage von derselben Art, wie sie gegenüber dem ungetreuen Depositar in einer Gerichtsformel des liber Papiensis zu l. 130 (131) Liutpr. (vgl. auch diejenige zu l. 262 Roth.) dahin formulirt ist: „Petre, te appellat Martinus quod ipse tibi deposuit tanta sua mobilia quae valebant solidos XX."[18]) Der Treuhänder hatte den Erben des Donators den Werth zu erstatten. Die gleiche Klageform drängte sich dann immer auf, wenn die Fahrnissachen, um die es sich handelte, namentlich Geldstücke, wegen ihrer fungiblen Beschaffenheit und weil in der Hand des Treuhänders Vermischung eingetreten war, mit der dinglichen Klage nicht angefasst werden konnten. Sie kam hier also auch gegen den noch im Besitz befindlichen Treuhänder zur Anwendung, der etwa durch ungenutzten Ablauf der ihm vom Donator gesetzten Frist sein Recht verwirkt hatte.

## § 13.

### Die germanische fiducia im Gegensatz zur römischen fiducia.

Man hat wohl dem germanischen Salmann, Treuhänder eine fiduciarische Gewalt zugesprochen.[1]) Dies mit vollem Recht, sofern man den Gedanken der fiducia im weitesten Sinne fasst:

---

[18]) Auf diese Formeln hat Heusler, Instit. I S. 389 f. hingewiesen

[1]) Beseler, Erbverträge I S. 267; Heusler, Instit. I S. 216; R. Schmidt, Affatomie S 82.

Es wird jemandem eine Rechtsmacht zu eigenem Recht übertragen, bei deren Gebrauch er sich ganz oder doch zum Theil durch ein fremdes Interesse, das des Gebers oder das eines Dritten, leiten lassen soll: man erwartet von ihm den dazu erforderlichen Grad von Uneigennützigkeit und Treue: die Hand, die empfängt, wird als eine treue Hand (manus fidelis) vermuthet. Dieser Gedanke kommt in Bezug auf den letztwilligen Treuhänder auch in Wendungen der langobardischen Quellen hier und da zum Ausdruck. So sieht die italienische Fassung des fränkischen Reichskapitulars von 818/819 (lib. Pap. Ludovici Pii 11 [14]) hinter dem dort erwähnten „fideiussor" einen solchen Treuhänder.[2]) Die Urkunden sprechen von „res in manum (sc. fidelem) tradere, mittere, committere",[3]) von „fideicommissarii",[4]) eine Bezeichnung, die in den einschlägigen Urkunden des Regesto di Farfa aus dem 11. Jahrhundert regelmässig wiederkehrt.

Aber durchaus unrichtig ist es, wenn man hier den altrömischen Begriff der fiducia oder auch den modernen Begriff des „fiduciarischen Geschäfts" unterstellt.[5])

Bei der römischen mancipatio „fidi fiduciae causa" erlangt der Fiduciar ein (nach der dinglichen Seite) vollwerthiges, unbeschränktes Eigenthumsrecht. Nur obligatorisch ist er dem Fiducianten aus dem pactum fiduciae verbunden. Wenn daher bei der Pfandfiducia der Schuldner zahlt, so fällt nicht von selbst das Eigenthum an ihn zurück, sondern es haftet ihm der Pfandgläubiger mit der obligatorischen actio fiduciae auf Remancipation. Und wenn der Pfandgläubiger der Abrede zuwider die res fiduciaria einem Dritten verkauft, so wird der Käufer Volleigenthümer und braucht einen Angriff des Schuldners nicht zu fürchten.[6]) Aehnlichen Charakter weist das von unserer

---

[2]) oben S. 43.

[3]) so H. P. M. XIII 127 (836), C. C. 105 (894), 114 (902), 117 (903).

[4]) H. P. M. XIII 181 (853).

[5]) So R. Schmidt a. a. O. und Bewer (Sala Traditio Vestitura S. 76 f.), die von einem „formellen Eigenthum" des Salmanns, von einer „nach aussen freien Eigengewere", dagegen einer „nur fiduciarischen Gewalt im Verhältnisse zum Verfügenden" sprechen. Ebenso Schupfer, Thinx e affatomia S. 32 („una proprietà meramente formale") u. 35, wo die Salmannbestellung ausdrücklich der römischen fiducia gleichgestellt wird

[6]) Vgl. Oertmann, Die Fiducia im römischen Privatrecht S. 162 ff.

heutigen Jurisprudenz[7]) so genannte „fiduciarische Geschäft“ auf, bei welchem die Parteien, um einen beschränkten wirthschaftlichen Zweck zu erreichen, einen in seinen Folgen darüber hinausragenden Rechtsakt vornehmen und den Ueberschuss an Wirksamkeit durch eine lediglich unter ihnen selbst wirkende Treuabrede gegenstandslos, unschädlich zu machen suchen (Cession einer Hypothek zu Pfandzwecken, Vollindossament zum Inkasso).

Wohl begegnen uns auch in der langobardischen Rechtspraxis ähnliche Typen. Einmal eine in forma 9[8]) des Kartulars vorgesehene, seit dem 11. Jahrhundert in Oberitalien angewandte Art der Liegenschaftsverpfändung. Dem Gläubiger wird durch Uebergabe einer unbedingten, den Pfandzweck nicht erwähnenden carta venditionis unbedingtes, dinglich nicht beschränktes[9]) Eigenthum übertragen; er verpflichtet sich seinerseits durch Tradition einer separat ausgestellten carta unter Strafgeding, an den Schuldner bei rechtzeitiger Befriedigung seiner Forderung den Kaufbrief zerschnitten zurückzuhändigen und so das Eigenthum am Grundstück zurückzutradiren.[10]) Zweitens eine besondere Art der Treuhand zu Schenkungszwecken, namentlich letztwilligen Schenkungszwecken, die stark in Uebung gewesen sein muss, da sie sich in zahlreichen oberitalienischen Urkunden aus dem 9.—11. Jahrhundert[11]) findet und den beiden einzigen im Kartular enthaltenen Mustern für

---

[7]) Vgl. z. B Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 16 S. 140 ff. u. 347 ff; Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 172 ff. und Pandekten I § 141, III, A. S. 518 f.; Lang, Arch. f. civ. Pr. Bd. 83 S. 336 ff.

[8]) Beispiel: Chart. I nr. 240 (1014).

[9]) Insoweit ist die Bemerkung Brunner's in Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 542 (Forsch. S. 621), dass der sicherzustellende Kontrahent auch bei dieser Art der Sicherstellung „bedingtes Eigenthum“ erhalten habe, zu berichtigen.

[10]) Näheres bei Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 28 f. und bei Brunner a. a. O. S 71 f., 546 f. (Forsch. S. 530 f., 624 f.).

[11]) H. P. M. XIII 246 (870), 496 (922), 592 (950), 759 u 760 (975), 816 (983), 868 (992), 870 (992), 880 (993), 961 (999), 972 (999), 974 (1000); Chart. I 295 (1034), 329 (1046), 365 (1069), 409 (1089), 421 (1092); Chart. II 18 (941), 100 (1035), 101 (1035), 125 (1069). Auf die Eigenart dieser Urkunden ist schon früher von Lupo, dem Herausgeber des Codex diplomat. Bergom. (vgl. H. P. M. XIII col. 1333 n. 1), dann von Pertile IV p. 35, Tamassia, alienazioni p. 241 n. 2 u. von Palumbo p. 379 hingewiesen worden.

Vergabungen auf den Todesfall, nämlich den formae 10 und 11, zu Grunde liegt. Derjenige, welcher schenkungsweise, inter vivos oder mortis causa, über sein ganzes Vermögen oder Bestandtheile desselben verfügen will, überträgt daran per cartam venditionis einem mindestens im Range eines presbyter stehenden Kleriker[12]) sofortiges, (dinglich) unbeschränktes Eigenthum.[13]) Nach dem Verkauf, häufig noch an demselben Tage[14]) unter Zuziehung desselben Notars, nimmt der Kleriker als Eigenthümer in eigenem Namen durch Begebung einer carta die von jenem Ersten gewünschte Vergabung vor. Handelt es sich um Verordnungen für den Todesfall, so spricht er in der von ihm ausgestellten und begebenen carta ordinationis[15]) jenem Ersten, seinem Verkäufer, d. i. dem eigentlichen Schenker, für dessen Lebenszeit den Niessbrauch an den Vergabungsobjekten, zuweilen auch ein mehr oder minder weit gehendes Veräusserungsrecht[16]) zu.

Dieses auf den ersten Anblick höchst befremdlich erscheinende Schenkungsverfahren verdient eine nähere Würdigung. Die Treuhand verbirgt sich hier zwar hinter einem Scheinverkauf. Sie ist auch keine letztwillige in dem oben § 6 N. 8 (vgl. dazu § 8 S. 54 f.) formulirten, unserer Untersuchung zu Grunde gelegten Sinne; vielmehr ist hier der Treuhänder von vornherein berufen, seine Aufgabe unverzüglich, während der Vertrauensgeber noch lebt, durchzuführen. Aber es eröffnet sich uns ein

---

[12]) Auch die Formulare des Kartulars nennen einen presbyter als Treuhänder.

[13]) Graf Atto salisch-fränkischer Nationalität vergisst in seiner Urkunde (H. P. M. XIII 759) auch nicht die Erklärung „et me exinde expuli, warpivi et absacito feci" hinzuzufügen. Gegensatz gegen oben § 10 Ziff. 1.

[14]) XIII 816, 870, 880, 974; Ch. I 365, 421; Ch. II 18.

[15]) So bezeichnet in den Formularen des Kartulars.

[16]) In XIII 816 u. 870 nur das Verkaufsrecht des Erogators, Dispensators (breve receptorium). Vgl. die Randglosse zu Wido 6 (M. G. Leges IV S. 563 Sp. 1 Zeile 35 ff.): „veluti si quis ita rem ordinaverit, ut in se reservet potestatem alienandi per breve receptorium et post per illud breve alienaverit". Es macht sich also hier der unumschränkte Eigenthümer zum gebundenen Eigenthümer mit der blossen Rechtsmacht eines Treuhänders. In XIII 868 u. 880 lässt sich der Verkäufer-Schenker vom Mittelsmann für die Zeit seines Lebens das freie Veräusserungsrecht inter vivos und mortis causa übertragen (vgl. oben S. 85 N. 23).

interessanter Einblick in den auf dem Gebiete der letztwilligen Verfügungen wogenden Kampf. Es wird auch durch den Gegensatz das Wesen der normalen letztwilligen Treuhand besonders scharf beleuchtet.

Das Verfahren kehrt seine Spitze gegen die gesetzlichen Erben. Daran ist kein Zweifel.[17]) Die überlebende Gattin soll dadurch mehr, als das in Liutpr. 102 (103) und Aistulfi 5 (14) festgesetzte Maximalmass,[18]) Töchter, die neben Söhnen vorhanden sind, sollen mehr, als was in Liutpr. 101 (102) für sie vorgesehen ist,[19]) erhalten. Man betrachte namentlich die Formel 11 des Kartulars:

Martinus hat 2 Söhne, Johannes und einen anderen. Johannes will die Maria als Gattin heimführen. Damit sein Hausstand wirthschaftlich gesichert sei, soll er vom Vater die freie Verfügungsmacht über seinen Erwerb und ferner den Mitgenuss an dem ihm verfangenen[20]) dritten Theil des väterlichen Vermögens zugewiesen erhalten. Aber auch für den etwaigen Wittwenstand der Maria soll Vorsorge getroffen werden. Sie soll an jenem Drittheil die morgincap-Quart auch für den Fall erhalten, dass Johannes vor seinem Vater sterben sollte; insoweit soll also der Anfall an die gesetzlichen Erben des Vaters

[17]) Auch die oben in N. 11 genannten Schriftsteller haben dies richtig erkannt.

[18]) vgl. XIII 760 u. 816.

[19]) vgl. XIII 868.

[20]) Von zwei Söhnen hat jeder an einem Drittel des väterlichen Vermögens schon bei Lebzeiten des Vaters ein unentziehbares Anwartschaftsrecht. Vgl. die Text- bezw. Randglosse des liber Papiensis zu Roth. 168, Expositio § 2 zu Roth. 169, Liutpr. 112 (113) und Expos. § 1 dazu, wo es heisst: „Lex hec dicens: *si fuerint duo filii etc.* dat intelligi, patrem duas partes substantie eis debere. Usu et exemplo istorum duorum dicitur: si quis est patri unicus filius, quod a rerum suarum medietate pater eum exheredare non possit: ideoque, si ipse unicus filius uxorem duxerit, usu habetur, quod rerum suarum medietatem per se aut suppositam personam pater ei concedit. Eodemque modo si plures fuerint, unicuique pars, que iuxta huius legis intellectum a patre debetur, usu conceditur". Vgl. Troya 805 (763), 921 (770), 947 (772); R. F. 64 (765), 183 (806); Ml. IV [1] 80 (774); Brunner in den Mittheilungen des Instit. für österr. Geschichtsforschung Bd. 2 S. 10—12; Pappenheim, Launegild und Garethinx (Gierke's Unters. Heft 14) S. 61 [115a]; Tamassia a. a. O. S. 220, 221 [5], 247, 274; Palumbo S. 302 ff.

(Martinus), besonders an den zweiten Sohn, ausgeschlossen werden. Zu diesem Zwecke will Martinus jenes Drittel, unter alleinigem Vorbehalt des Mitgenusses bezw. des Niessbrauchs in gewissem Umfange, jetzt alsbald aus seinem Vermögen ausscheiden. Auf dass dies künftigem Widerspruche der Erben um so sicherer Stand halte, bedient er sich in obiger Weise der Hülfe des presbyter Dominicus.

Worin lag nun der Schutz, den das Verfahren bieten sollte? Wir müssen uns in den Kampf hineindenken, der im langobardischen Recht während der ganzen Zeit seiner Herrschaft zwischen dem altgermanischen, schon bei Lebzeiten des Erblassers wirkenden und seine Verfügungsbefugnis beschränkenden Anwartschaftsrecht der gesetzlichen Erben einerseits und dem von der Kirche mächtig geförderten Streben nach Gewinnung freien Spielraums für die Verfügungen pro anima[21]) andererseits mit wechselndem Erfolge ausgefochten wurde. In diesem Kampfe hatte die letztgedachte Richtung schon im 8. Jahrhundert gegenüber der l. 168 Roth. einen bedeutenden Sieg errungen. Hatte diese lex noch das ganze Vermögen des Vaters dem Anwartschaftsrecht der Söhne unterworfen, so wurde nunmehr durch ein Gewohnheitsrecht, welches man durch eine sehr weitherzige Auslegung der l. 112 (113) Liutpr. zu stützen suchte, dem Vater ein Sohneskopftheil zur Verfügung, auch über den Tod hinaus, freigegeben.[22]) Für den übrigen Theil des Vermögens blieb die l. 168 Roth. in Geltung, die dem Vater nicht blos Thingation unter Erbenschaffung, sondern auch Donation einzelner Vermögensstücke und anderweitige Veräusserungen[23]) verbot, allerdings nur solche Veräusserungen, welche die Söhne in ihrem Erbrecht materiell schädigten.[24]) Verkäufe, mit denen man entsprechende Gegenleistungen einbrachte, waren nicht betroffen. An diesem Punkte setzte die gegen die erbrechtlichen Dispo-

---

[21]) im weitesten Sinne genommen, also unter Ausdehnung auf jedwede Fürsorge für die Zeit nach dem Tode. Vgl. oben § 2 N. 13.

[22]) Belegstellen und Litteratur oben N. 20.

[23]) Denn das „exhereditare“ der l. 168 ist, worauf Pappenheim a. a. O. S. 63 f. hingewiesen hat, identisch mit dem „per quodlebet titulum alienare“ der l. 170 Roth.

[24]) Pappenheim S. 62.

sitionsschranken kämpfende Richtung ein. Sie muss auch hier einen Sieg davon getragen haben. Dies beweist die spätestens aus der Zeit zwischen 1019—1037 herrührende[25]) Prozessformel des liber Papiensis zu Roth. 169:

„Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi terram in tali loco malo ordine. — Ipsa terra mea propria est; ecce carta, quam pater tuus michi dedit. — Si manifestat de venditione, aut dicat falsam aut taceat. Si manifestat de donatione, dicat: contra legem est ipsa carta, quod pater meus non potuit me dehereditare.“[26])

Danach sollte die Verkaufsurkunde des Vaters, im Gegensatz zur Schenkungsurkunde, gegen einen aus dem gesetzlichen Erbrecht entnommenen Angriff des Sohnes gefeit sein. Nur die Schelte, d. h. der erfolgreiche Protest gegen die Echtheit oder die Wahrheit des beurkundeten Vorgangs, sollte die Urkunde aus dem Wege räumen können. Dies forderte dazu auf, sich bei einer dem gesetzlichen Erbrecht widerstreitenden Vergabung der Verkaufsform zu bedienen in der Weise, wie es das hier behandelte Verfahren zeigt. Und es wird jetzt die sonst nicht recht erklärliche Thatsache verständlich, dass dieses Verfahren, das doch durchsichtig genug war, zu einem typischen werden konnte.[27]) Der äusseren Erscheinung nach war die Sache in

[25]) Aus dieser Zeit stammt der lib. Pap. mit seinen Gerichtsformeln (Boretius, Praefatio § 58, M. G. LL. IV p. LXXXII), unter welchen natürlich die überwiegende Mehrzahl schon lange vorher bei den Gerichten im Gebrauch gewesen war.

[26]) Vgl. noch Absatz 2 des Formeltextes zu Liutpr. 56 (57): „Per istam legem debemus intelligere, quod homo qui habet filios potest vendere omnes res suas“ und Expos. § 1 dazu. — In der Formel zu Liutpr. 102 (103) und in der ersten Formel (in fine) zu Liutpr. 104 (105) sind unter den angegriffenen Urkunden m. E. cartae donationis zu verstehen.

[27]) Dass der in der Urkunde angegebene Kaufpreis, wie es ja sich von selbst verstand, vom Treuhänder nicht bezahlt war, gab keinen Anlass, die Urkunde als „falsa“ zu schelten. Denn auch bei dem gewöhnlichen Verkauf war als Voraussetzung für den Uebergang des Eigenthums an der Kaufsache das in der carta enthaltene Preisempfangsbekenntnis nothwendig und ausreichend. Es hatte jenen Erfolg auch dann, wenn der Preis in Wirklichkeit noch nicht vom Käufer beglichen, sondern ihm kreditirt worden war. Vgl. Ratchis 8 und dazu Brunner Urk. S. 133 f. und Kohler, Beitr. z. germ. Pr. R.-Gesch. Heft 1 S. 3 [1].

Ordnung: es war nicht geschenkt, sondern verkauft; damit war jede weitere Erörterung abgeschnitten. Aber dieser formalistische Standpunkt, lange durch die der individuellen Verfügungsfreiheit günstige Richtung gehalten, unterlag schliesslich doch seiner inneren Schwäche und der Gegenströmung, die es mit den alten gesetzlichen Erbanwartschaftsrechten hielt. Der bald nach dem Jahre 1070[28]) entstandene Kommentar zum liber Papiensis, die Expositio, änderte in seinen Erläuterungen zu Roth. 169 zwar nichts an der Anschauung jener Prozessformel, dass die carta venditionis niemals contra legem (d. h. der l. 168 Roth. zuwider) sei, sprach indessen in § 5 ibid. den Söhnen das Recht zu, die fraglichen Verkaufsurkunden als wahrheitswidrig zu schelten:

> „Si pater dederit omnes res suas per imaginariam venditionem causa exhereditandi filium, ut filius falsam cartulam dicat, aut taceat; et bene cartulam falsam clamare potest."

Der hier für den krassesten Fall (Verkauf des ganzen Vermögens) aufgestellten Ansicht wird man wohl auch bei anderen Verkäufen, die das Erbanwartschaftsrecht der Söhne beeinträchtigen sollten, Raum gegeben haben. Jedenfalls zeigen uns die Urkundensammlungen, dass das uns hier interessirende Verfahren, nachdem es vorher typisch gewesen, in der Zeit nach der Abfassung der Expositio nur noch sehr vereinzelt vorkam und bald — die letzte, mir bekannte, einschlägige Urkunde stammt aus dem Jahre 1092 — ganz verschwand.[29])

Das Verfahren war, ebenso wie jene mit einer unbedingten Verkaufsurkunde operirende Art der Liegenschaftsverpfändung, der römischen fiducia und dem modernen fiduciarischen Geschäft

---

[28]) Boretius, l. c. § 68 p. LXXXVII.

[29]) Den Standpunkt der Expositio theilt auch noch die Glosse des Karolus de Tocco ad verb. „thingare" in l. 12 Lomb. II, 14 (= Roth. 168, 169), vgl dazu die Gl. ad verb. „vendiderit" in l. 20 Lomb. II, 21 (= Liutpr. 56 [57]). Nur kommt Karolus der die Verfügungsfreiheit begünstigenden Richtung insofern erheblich entgegen, als er die donatio — und damit erst recht jede venditio — rei singularis zulässt, also nur die donatio omnium rerum und die „in fraudem exhaeredationis" erfolgte venditio omnium rerum für unerlaubt erklärt.

analog.[30]) Erhielt der Käufer die Sache auch nur zu dem bestimmten Treuhandzwecke, so wurde sie ihm doch pure verkauft und zu unbeschränktem Eigenthum übertragen, dergestalt dass, wenn er sie dann jenem Zweck zuwider verkauft, vertauscht, verschenkt hätte, der neue Erwerber volles, seitens des Fiducianten unangreifbares Eigenthum erlangt haben würde. Ob der Fiduciant in solchem Falle vom emptor fiduciarius Schadensersatz hätte fordern können, das hing davon ab, ob die Treuabrede zwischen beiden sich zu einem vollwirksamen obligatorischen Nebenvertrage verdichtet hatte. Bei jener besonderen Art der Verpfändung war ein solcher Vertrag regelmässiger Bestandtheil des ganzen Geschäfts; er verschaffte eine „actio fiduciae". Bei unserem Treuhandverfahren war er häufig überflüssig, wenn nämlich in uno actu[31]) der Fiduciant dem Treuhänder verkaufte und dieser die gewünschte Vergabung an den Destinatär vollzog. Auch in den übrigen Fällen lassen die Urkunden von einem derartigen Vertrage, der nach langobardischem Recht ein Formalkontrakt hätte sein müssen, keine Spur erkennen. Es kann dies vielleicht seinen Grund darin haben, dass man ihn auch hier für überflüssig hielt mit Rücksicht auf die Garantieen, die der Fiduciar, ausnahmslos ein Kleriker höheren Ranges, Priester oder Bischof, in seiner Person bot. —

Beide Institute, sowohl das auf dem Gebiete der Schenkungstreuhand als das auf dem Gebiete der Verpfändung liegende, hatten nur eine territorial begrenzte (Oberitalien) und nur eine zeitlich vorübergehende Geltung, sie waren künstliche „Erzeugnisse vorgerückter Notariatspraxis".[32]) Von ihnen unterscheiden sich scharf in ihrer rechtlichen Struktur und durch ihren Stand mitten im frischen Strome des Volksrechts sowohl die normale Art der Treuhand zu letztwilligen Zwecken als die normalen

---

[30]) Schon Lupo a. a. O. spricht zutreffend von einer „venditio fiduciaria". Es ist fiduciarischer Charakter mit Simulation kombinirt. Simulirt wird Verkauf, das verdeckte Geschäft ist Schenkung und zwar fiduciarische Schenkung.

[31]) Vgl. oben N. 14.

[32]) So Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 52 [1] in Bezug auf die in den italienischen Urkundenwerken sich findenden zahlreichen Scheingeschäfte.

Arten der Verpfändung, die nutzbare Satzung und das oben in § 11 S. 82 f. beschriebene Verfallpfand. Während dort eine den Zweck überschiessende dingliche Rechtsmacht (volles Eigenthum) verliehen wird und es für diesen Ueberschuss höchstens einen unvollkommenen obligatorischen Ausgleich giebt, setzt hier überall die Zweckbestimmung als Geding, lex traditionis von vornherein die dem Gegenpart zugedachte dingliche Rechtsmacht in entsprechendem Masse herab. Es wird nur ein bedingtes dingliches Recht, sei es Eigenthum, sei es (bei der Satzung) Nutzungsrecht, übergeleitet; auf Seiten des Tradenten bleibt ein — bei Treuhand und Verfallpfand unter der umgekehrten Bedingung stehendes — Eigenthumsrecht zurück, das seine Herrschaft nicht blos auf den Gegenpart, sondern auch auf Dritte soweit erstreckt, als überhaupt die Dinglichkeit im Bunde mit der Publizität nach germanischen Grundsätzen zu wirken vermag. Erst mit dem Augenblick, wo der gesetzte Zweck erreicht ist oder Gewissheit darüber erlangt ist, dass er unerreichbar oder gegenstandslos geworden, ersteht durch das juristische Mittel des Eintreffens oder des Ausbleibens der Bedingung wieder ein unbeschränktes dingliches Recht an der Sache (Eigenthum), sei es in der Hand des Veräusserers, des Erwerbers oder einer dritten Person. So sind hier bei allen drei Instituten — der letztwilligen Treuhand, der nutzbaren Satzung, dem Verfallpfand — Zweck und dingliche Rechtsmacht in glücklicher Weise einander angepasst. Vom Standpunkt des Veräusserers aus am besten beim Verfallpfand; denn hier gestattet die sachenrechtliche Herrschaft des Erwerbers ein positives Einwirken auf die Sache selbst erst dann, wenn der Schwebezustand zu Ende ist, der Erwerber die Sache endgültig erlangt hat und es also für den Veräusserer nichts mehr zu verlieren giebt; bis dahin ist jene Herrschaft nur ein negativ wirkendes Anwartschaftsrecht („Anfall"). Bei letztwilliger Treuhand und nutzbarer Satzung eröffnet sich dagegen gerade schon während des Schwebezustandes, also während noch das Interesse des Veräusserers oder seiner Erben engagirt ist, für den Erwerber die Möglichkeit zu positiver Einwirkung auf die Sache. Es macht sich der Unterschied der Resolutivbedingung von der beim Verfallpfand vorliegenden Suspensivbedingung geltend. Der Veräusserer hegt bei der Veräusserung das Vertrauen, dass der Erwerber in einer seinem

berechtigten Interesse nicht zuwiderlaufenden Weise auf die Sache einwirken werde. Es ist hier der Gedanke der **fiducia** lebendig, im weitesten Sinne genommen, wie er am Anfang dieses Paragraphen bestimmt worden ist. Er kommt, wie nach den obigen Nachweisen bei der Treuhand, so auch bei der nutzbaren Satzung in dem Sprachgebrauch der langobardischen Quellen zum Ausdruck. „In fiduciae nexum ponere, infiduciare, opponere in affiduciato, propter fidem tradere“ wird diese Art der Verpfändung in den leges und den Urkunden genannt.[33]) Wir dürfen demnach als Unterarten derselben Kategorie die römische fiducia sammt dem modernen fiduciarischen Geschäft und die langobardisch-germanische fiducia einander gegenüberstellen. Dort äussert sich die beschränkende Wirkung der Zweckbestimmung nur auf obligatorischem, hier schon auf dinglichem Gebiete!

Dadurch, dass hier die Zweckbestimmung von vornherein als Bedingung die Rechtsmacht des Empfängers beschränkt, unterscheidet sich auch die germanische fiducia scharf von der Zuwendung sub modo,[34]) mit der die Römer zuweilen ähnliche Resultate, wie die mittelst der Treuhand erreichten, angestrebt haben. Denn wie sehr auch die Ansichten der Romanisten

[33]) Roth. 174, Liutpr. 57 (58), Liutprandi notitia de actoribus regis (de anno 733) cap. 5 (M. G. LL. IV p. 182), Pactiones de leburiis cum Neapolitanis factae, item consuetudo leburie et pactum (post a. 774) cap. 4 (M. G. l. c p. 213); Ml. $V^{2}$ 389 (813), 424 (849); Ficker IV nr. 75 (1077). Vgl. Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 113 f und Kohler, Pfandrechtl. Forsch. S. 82 ff., wo S. 83 n. 1, 84—86, 88 f., 353 noch zahlreiche andere langobardische Urkunden citirt sind, welche die Worte „fiducia, infiduciare etc.“ verwenden. Mag es auch richtig sein, was Val de Lièvre und Kohler annehmen, dass hier der Sprachgebrauch des römischen Rechts nachgewirkt hat, so geschah dies doch deshalb, weil der Gedanke der fiducia (in jenem weitesten Sinne), wie bei der römischen Pfandfiducia, so eben auch bei der nutzbaren Satzung zutraf. Denn allein für diese letztere, nicht auch für das langobardische Verfallpfand, waren jene Bezeichnungen gebräuchlich. In dem Verfallpfand erblickte man (vgl. oben S. 82 f) ein bedingtes Verkaufen, nicht ein „Anvertrauen“! Man vergleiche nur die Fassung der Urkunde Ml $V^{2}$ 424, wo nutzbare Satzung und Verfallpfand mit einander verbunden sind.

[34]) während z. B. bei Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. IV (Lotmar) § 557 S. 230 N. 3 zwischen dem modus und dem römischen pactum fiduciae Verwandtschaft angenommen wird.

über das Wesen des modus auseinander gehen, wie sehr es namentlich streitig ist, ob in der Verpflichtung des Empfängers zur Erfüllung[35]) oder in dem Rückforderungsrecht der Geberseite bei Nichterfüllung[36]) der Schwerpunkt der Lehre zu suchen ist, so scheint doch darüber, dass die Bindung des Empfängers nur eine persönliche und keine dingliche ist,[37]) Einstimmigkeit zu herrschen. Die Unähnlichkeit von Treuhand und modus betrifft aber auch den ganzen rechtlichen Aufbau. Bei der donatio sub modo ist, juristisch betrachtet, die Zuwendung an den Empfänger, seine Bereicherung, die ihm damit erwiesene Gunst die Hauptsache; die Auflage tritt nur als Nebenzweck hinzu, sodass, wenn sie in sich zusammenfällt, z. B. wegen Unmöglichkeit der aufgelegten Leistung, die Zuwendung dadurch nicht in ihrem Bestande berührt wird. Bei der Treuhand dagegen giebt gerade die Zweckbestimmung dem Geschäft, und zwar dem ganzen Geschäft, sein Gepräge; auf ihre Erfüllung kommt alles an, nur im Hinblick auf sie erfolgt die Zuwendung an den Empfänger. Selbst die etwa dem letzteren für die eigene Tasche zugedachte Bereicherung[38]) ist nur Lohn für die vollendete Erfüllung und wird, wie die ganze Zuwendung, mit der Unerreichbarkeit des Zweckes hinfällig.[39])

## § 14.

## III. Die sachenrechtliche Zuständigkeit des Treuhänders in ihren einzelnen Aeusserungen.

In den §§ 9—13 haben wir bei Beantwortung der Frage nach der Natur der sachenrechtlichen Kompetenz des Treuhänders bereits seine wichtigsten Befugnisse, wie sie sich uns im Lichte der Quellen zeigten, eingehend dargestellt. Es bleibt übrig,

[35]) Brinz a. a. O. S. 230 ff.; Regelsberger, Pand. I § 166.

[36]) Windscheid I § 98 Ziff. 2 u. § 99; Hölder, Pand. I § 54 S. 279 f.

[37]) also dass insbesondere das Rückforderungsrecht der Geberseite nicht dinglich ist. Vgl. Regelsberger a. a. O. § 170 I (S. 620); Dernburg, Pand. I § 115 b.

[38]) Unten § 14 N. 17.

[39]) Vgl. Brunner, Landschenkungen S. 1176 N. 4 (Forsch. S. 5 N. 3).

was weiter über die einzelnen Aeusserungen jener Kompetenz aus den Quellen erhellt oder durch Deduktion zu gewinnen ist, mit den früheren Darstellungen zu einem einigermassen vollständigen Bilde zu vereinigen. Dabei lassen wir die besonderen Fälle, in denen der Treuhänder volles, uneingeschränktes Eigenthum hat, nämlich die beiden oben im Eingang des § 10 und in § 13 S. 98 ff. beschriebenen Kategorieen, ausser Betracht.

1. Anwartschaft. Regelmässig — Ausnahme oben § 8 S. 54 f. — soll der Treuhänder erst nach dem Tode des Gebers seine Aufgabe erfüllen dürfen. Seine Rechtsmacht soll ihre positive Wirksamkeit erst von da ab entfalten. Sie ist ihm „post obitum" übertragen. Er hat zunächst, bei Lebzeiten des Gebers, nur suspensiv bedingtes Eigenthum (oben § 8 S. 58). Allein dieses giebt ihm schon jetzt eine feste Anwartschaft nach Massgabe des Inhalts der carta. Der Geber kann also nicht frei widerrufen, vielmehr nur im Rahmen eines ausdrücklich von ihm bei der Vergabung gemachten Vorbehaltes über die Vergabungsobjekte anderweitig disponiren (oben § 9 S. 60 f.) Freilich kann der Vorbehalt den ganzen Bestand des Treuhandverhältnisses selbst unter eine Bedingung stellen, z. B. unter die Bedingung, dass der Tod des Gebers gerade auf einer bestimmten Reise, einem bestimmten Feldzug eingetreten sein muss; kehrt dann der Geber glücklich heim, so erlischt die für den Vertrauensmann begründete Anwartschaft, ehe sie zu einem aktuellen Recht gediehen ist.[1]) Und ebendasselbe kann sich ergeben, wenn eine im Krankenbett gemäss l. 6 Liutpr. ohne Wahrung der ordentlichen Formen vorgenommene Vergabung zu getreuer Hand durch die spätere Genesung des Schenkers hinfällig wird (oben § 3 am Ende und § 8 S. 58 f.). Aber ohne solchen Vorbehalt oder solchen Hinfälligkeitsgrund muss der Geber das Anwartschaftsrecht des Treuhänders respektiren; eine dessenungeachtet von ihm getroffene Verfügung

[1]) Brunetti, Codice diplomatico Toscano P. II T. 1 nr. 11 de anno 779 (pag. 234): „si michi omnipotens dominus vita concessere et ad propria mea regressus fuere, omnia sit in mea sit potestate in antea avendum iudicandum faciendum quod aut qualiter michi placuere". Auf solchen Fall spielt das Reichskapitular von 803 (lib. Pap. Karol. 105) an. Vgl. für das deutsche Rechtsgebiet die Urkunden bei Heusler, Instit. I § 49 N. 5.

vermag sich später nicht wider den Willen des Treuhänders[2]) zu behaupten.

2. Gewere uud Besitz. Mit dem Tode des Gebers — ausnahmsweise schon mit dem Tage der Schenkung — erlangt der Treuhänder ohne Weiteres gegenwärtiges Eigenthum. Auch die Gewere (potestas)? Dass es ausser der traditio cartae nicht noch einer besonderen, gleichzeitig oder später zu vollziehenden Investiturhandlung des Gebers oder seiner Erben bedarf, ist nach langobardischem Recht unzweifelhaft.[3]) Die traditio cartae ermächtigt vielmehr den Erwerber, sofort oder — bei Uebertragung des künftigen Anfalls —, wenn die Zeit herangekommeu ist, sich selbst eigenmächtig in den Besitz der tradirten Sache zu setzen.[4]) Darauf werden z. B. in H. P. M. XIII 601 (952) die auf den Todesfall bestellten Treuhänder noch ausdrücklich hingewiesen mit den Worten:

> „Et ipsis erogatariis meis volo et judico, ut statim post meum discessum sint potestativis (befugt) ad tollendum absque ulla contradictione de ullis parentibus et heredibus meis, ubicumque invenerint post meum discessum, idsunt omnibus mobilibus et immobilibus, tam infra casa abitacionis mee infra eadem civitate Bergomo seu in ipso loco Canale, vel per alias locas, ad dandum et distribuendum pro anima mea, cui ipse cum Deo melius providerint."

Aber selbstverständlich ist ihnen dies nur möglich, wo der Besitz durch den Tod des Gebers verwaist und auch von anderen Personen, namentlich den gesetzlichen Erben des Gebers, nicht ergriffen oder wieder von diesen geräumt ist. Wo das Gegentheil der Fall, da müssen sie erst das entgegenstehende Hindernis

[2]) Freilich mochte dieser beim Mangel eines eigenen Interesses sich leicht bereit finden lassen, einer Willenswandlung des Schenkers nachzugeben und durch seine Mitwirkung die zweite Alienation von ihrem Mangel zu befreien. Vgl. Schupfer, Thinx e affatomia S. 34.

[3]) Dies nimmt auch Sohm, Fränk. Recht u röm. Recht N. 36, 37, 44 an, obwohl er der Brunner'schen Ansicht (zuletzt Urk. S. 306), dass eben in der traditio cartae die Investitur als symbolische Investitur enthalten gewesen sei, widerspricht und den Langobarden gänzliche Unbekanntschaft mit der Investitur zuschreibt.

[4]) Vgl. die von Brunner, Urk. S. 137 f. behandelte, sehr anschauliche Gerichtsurkunde in R. F. 154 (791).

beseitigen, unter Berufung auf die seitens des Gebers an sie erfolgte traditio cartae den Dritten mit der Klage: „Malo ordine possides!" seines Besitzes verlustig machen. Alles dies, in die m. E. auch für das Langobardenrecht durchaus zutreffende[5]) Lehre von der Gewere — nach der neuesten Huber'schen Formulirung — übersetzt, würde folgendermassen lauten: Auch das Eigenthum des Treuhänders kommt, wie jedes dingliche Recht, in einer Gewere zur äusseren Erscheinung.[6]) Mit dem Eigenthum wird zugleich die Gewere für den Treuhänder durch die traditio cartae begründet.[7]) Er hat die Gewere als gegenwärtige Gewere, noch ehe er die Sache in Besitz genommen hat, wenn und solange er nur thatsächlich im Stande ist, sich der Sache und der Nutzung einseitig zu bemächtigen.[8]) Steht ihm diese Möglichkeit dagegen nicht offen, so hat er blos die Offensivwirkung der früheren Gewere des Gebers für sich; er muss dann erst mit deren Hülfe die dermalige Gewere des Dritten brechen, um seinerseits zur vollen, eigenen Gewere zu gelangen.[9]) Der Treuhänder braucht nicht immer im Interesse der Erfüllung seiner Aufgabe die Sache auf Grund seiner Gewere thatsächlich in seine Innehabung zu nehmen. Er unterlässt dies z. B. füglich dann, wenn er alsbald das ihm tradirte Grundstück bestimmungsgemäss an den Destinatär weiter übertragen will. So tradiren in R. F. 880 (1049) die Fideikommissarien an das Kloster Farfa:

„totam terram . . ., sicuti tota in integrum pertinuit suprascripto nostro testatori et ad manus suas hactenus usque in suum decessum detinuit."[10])

Selbst wo dermalen ein Dritter, Unberechtigter in der Gewere

---

[5]) Vgl. oben § 11 S. 80.

[6]) Huber S. 28, 50; Bewer, Sala Traditio Vestitura S. 78. Mit Unrecht streitet Heusler, Inst. I S 219 dem deutschen Salmann für die Regel die Gewere ab.

[7]) Huber S. 38 [86]: „Erbschaftsgedinge geben die Gewere ganz nach den bei der Auflassung bestehenden Grundsätzen".

[8]) Huber S. 34 f.

[9]) Huber S. 35, 21.

[10]) Vgl. auch R. F. 706 (1006), wo die Fideikommissarien „terram vacantem" übertragen. Anders z. B.: R. F. 608 (1010): „sicuti nos commissarii habemus, ita sit vobis tradita et donata ad habendum, tenendum".

sitzt, kann der Treuhänder unter Umständen davon absehen, seinerseits erst vacua possessio zu schaffen, und sich vielmehr begnügen, jene aus der früheren Gewere des Gebers restirende Offensivmacht zusammen mit dem Eigenthum durch traditio cartae auf den Destinatär überzuleiten.[11]) Mag dann dieser den Dritten vertreiben! Ein Beispiel zeigt C. C. 235 (966), wo[12]) der Vertrauensmann der erhaltenen Anweisung gemäss die gesammte Fahrnis der verstorbenen Wittwe Radelgrima der Kirche des heiligen Maximus per scriptum zugefertigt hat und die Kirche nun im Klagewege von dem Schwiegersohn der Radelgrima die Herausgabe der angeblich in seiner Gewere befindlichen Stücke jener Fahrnismasse verlangt.[13])

3. Nutzung. Soweit der Treuhänder nach der obigen Aufstellung die gegenwärtige Gewere am Gut hatte, fiel ihm dadurch selbst rechtlich die Nutzung des Gutes zu.[14]) Es gehörten ihm also die Früchte und Zinsen der Zwischenzeit, d. h. der Zeit vom Erwerb der Gewere bis zum Verlust der Gewere an den Destinatär. Freilich, ob er diese Nutzungen für sich behalten durfte, das hing vom Geber ab. Wie dieser sehr wohl ihm ein Grundstück gerade nur zu dem Zwecke überweisen konnte, nach seinem Tode aus den künftigen Nutzungen eine Jahrzeitstiftung zu unterhalten, so war es nicht ausgeschlossen, dass er in der lex donationis auch das Eigenthum des Treuhänders an jenen Früchten und Zinsen der Zwischenzeit durch Zwecksatzung beschränkte, also z. B. sie gleichfalls für den benannten Destinatär oder für die Distribution pro pauperibus et sacerdotibus bestimmte. Es hätte dann, wie dort, so auch hier der Treuhänder immerhin die Nutzungen kraft eigener Gewere zu eigenem Recht gezogen; aber er hätte sie nicht für die eigene

---

[11]) Huber S. 20 f.

[12]) Darüber Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 124 (Forsch. S. 577 f.). Anders Hübner, Regesten (Ztschr. der Sav.-St. Bd. 14 G. A.) nr. 951, wonach Petrus als Salmann Kläger sein soll.

[13]) Die Behandlung der Frage: Hat der langobardische letztwillige Treuhänder Besitz oder nicht? ist ganz unklar sowohl bei Pertile IV S. 33, 36 als bei Palumbo S. 383.

[14]) So auch bezüglich des deutschen Salmanns Bewer a. a. O. („eine eigene Gewere, ein selbständiges Nutzungsrecht“).

Tasche behalten dürfen.[15]) Unsere langobardischen Urkunden zeigen indessen, dass die Donatoren in Ansehung jener Früchte und Zinsen der Zwischenzeit solche beschränkende Bestimmungen unterliessen. Es mochte ihnen dergleichen dann, wenn der Treuhänder lediglich den ihm namhaft gemachten Bedachten das Grundstück weiterzutradiren hatte, bei der Kürze der Zwischenzeit nicht verlohnen; sie mochten hier auch mit Recht vom Treuhänder erwarten, er werde sich garnicht erst thatsächlich in die Nutzung des Gutes setzen.[16]) Bei den ja zumeist an Kleriker erfolgenden Ueberweisungen ad venundandum et dispensandum pro anima dagegen mochte es gerade im Willen der Geber liegen, mit jenen Nutzungen der Zwischenzeit die Dispensatoren selbst zu eigenen Gunsten zu bewidmen.[17]) Daher brechen hier zuweilen die Urkunden das Schweigen über den Punkt und sprechen ausdrücklich dem Dispensator das Niessbrauchsrecht — ohne jede Zweckbedingtheit — zu. So hat er nach Ml. V² 799 (867) = IV² 38 die potestas „abendi possidendi lavorare faciendi et usufructuandi seo causam exinde agendi et pro anima ejus vendendi et dispensandi“.

Ganz anders liegt die Sache, wenn kraft der Satzung des Gebers in der Zeit, während deren der Treuhänder gegenwärtiges Eigenthum am Gut hat, von diesem Eigenthum ein selbständiges dingliches Nutzungsrecht zu Gunsten eines Dritten,[18]) z. B. eine Leibzucht für die Wittwe oder Mutter des Gebers, losgelöst ist. So lange hat nur der Nutzungsberechtigte und nicht der Treuhänder eine gegenwärtige Gewere; dem letzteren kommt lediglich vermöge seines Eigenthums das Recht zu, für den Fall des Erlöschens jenes Nutzungsrechtes, z. B. des Todes der Wittwe,

---

[15]) Ich kann daher Heusler (Inst. I S. 219) nicht zustimmen, welcher dem deutschen Salmann die Gewere deswegen abspricht, weil er damit das Gut in seine Nutzung bekommen, dies aber dem Willen des Tradenten nicht entsprochen hätte.

[16]) oben S. 109.

[17]) Eine Vergütung für den Treuhänder kommt nur in H. P. M. XIII 51 (774) vor: „De rebus illis . . . qui injudicate reliquero et venundate per pontifice sancte bergomensis ecclesie fieri debit, volo ut exinde accipiat de ipso precio pontifice ipse pro fatigio suo auri solidos numero 50 . . . .“

[18]) oben S. 81 f.



die Gewere seinerseits zu erlangen, er hat in Bezug auf die Gewere den „Anfall.“[19])

4. Verfügung. Der Treuhänder hat als Eigenthümer das Verfügungsrecht über die in seine Hand gegebenen Sachen. Aber er hat es nur innerhalb des ihm durch die Zwecksatzung gesteckten Rahmens. Dieser Rahmen ist sehr eng da, wo der Treuhänder blos bestellt ist, um die Gabe sicher an einen vom Geber benannten Dritten gelangen zu lassen; hier erschöpft sich sein Verfügungsrecht in der Befugnis zur schenkungsweisen Tradition an diesen Dritten, wobei er die etwa vom Geber vorgezeichneten Modalitäten in der lex donationis auszusprechen hat. Die Grenzen sind erheblich weiter gezogen, wo der Treuhänder zur gehörigen Begleichung der Schulden des Erblassers oder gar als Dispensator im eigentlichen Sinne zur freien Verwendung der Güter im Interesse des Seelenheils des Verstorbenen berufen ist. Er kann bei der Oblation des Grundstücks an eine Kirche zugleich eine andere, von ihm auserkorene Person mit der Leibzucht, durch entsprechenden Vorbehalt in der Oblationsurkunde[20]), bedenken.[21]) Er kann, wo er zum Verkauf ermächtigt ist, vorher einen Tausch, vielleicht zur Arrondirung, vornehmen[22]) und, wenn er dann verkauft, im Interesse besserer Verwerthung anderer Nachlassstücke besondere Rechte, so z. B. einen „accessus“ (Wegegerechtigkeit) zu Gunsten eines Nachbargrundstücks, sich reserviren.[23]) Er kann, „ad vendendum (Verkauf der Güter) et perexolvendum debitum“ bestellt, anstatt des Umweges, wenn der Gläubiger einwilligt, die Hingabe von Nachlassgütern an Zahlungsstatt wählen.[24]) Er kann in die Lage

---

[19]) Man vergleiche z. B. Troya 736 (759) u. H. P. M. XIII 135 (839): „Reliqua vero medietatem de rebus meis, qod est inmovilibus, confirmo ut dum genetrix mea Alperga vixerit post meum ovitum, in eius sit potestatem, tantumodo . . . usufructuario nomine abendum . . . . Post voro eius dicessum ad suprascriptis herogatoriis meis . . . deveniat potestatem venundandum . . . .“).

[20]) Vertrag zu Gunsten eines Dritten: oben § 4 S. 30 ff.

[21]) Troya 871 (767).

[22]) Troya 897 (768).

[23]) H. P. M. XIII 268 (876).

[24]) Ml. IV ² app. 98 (1114). Es ist zwar hier die Rede von „vendo et trado“, aber an Stelle des Preisempfangsbekenntnisses steht der Passus:

kommen, eine Theilung des Nachlasses mit den in ihrem Anwartschaftsrecht benachtheiligten gesetzlichen Erben des Gebers ausführen zu müssen.[25]) Verkauft er ein Grundstück, so überträgt er daran dem Käufer mit dem Verkaufsschluss uneingeschränktes Eigenthum nur unter der Voraussetzung gleichzeitiger bestimmungsgemässer Verwendung des Kaufpreises oder der Ausstellung eines breve receptorium; andernfalls steht des Käufers Eigenthum unter der Bedingung, dass in Zukunft auch wirklich die Distribution des Preises nach des Gebers Vorschrift erfolgt (oben § 10 Ziff. 2). Tritt der Treuhänder bei der Verfügung aus dem ihm angewiesenen Bereiche heraus,[26]) veräussert er insbesondere an eine Person, die nicht mit der vom Geber genannten identisch ist oder nicht unter die vom Geber bezeichnete Kategorie fällt, so verschafft er einestheils dieser Person, sofern sie der Einwirkung der Publizität ausgesetzt ist (oben § 12), kein Eigenthum und behält anderentheils auch seinerseits nicht das Eigenthum, sondern verliert es kraft des Eintreffens der vielerwähnten Resolutivbedingung an den Geber oder seine Erben (oben § 11, besonders S. 87.). Und es müssen diese letzteren erst durch langfristige[27]) Verschweigung ihre dingliche Rück-

„Pro quibus exinde recepi meritum annulum a . . pro libris treceutis Denariorum lucensium in prefinito". Diese 300 Pfund stellen den Betrag der Nachlassschuld dar. Da die Uebereignung an Zahlungsstatt, für sich allein betrachtet, Leistung ohne Gegenleistung ist, muss von der Gegenseite (dem Gläubiger) ein Launegild gegeben werden — ein schöner Beleg für die formelle Onerositätstheorie (Val de Lièvre in Ztschr. d. Sav.-St. Bd. 4 Germ. Abth. S. 50 ff.; vgl. die daselbst S. 31 N. 5 Citirten).

[25]) Ausdrücklich vom Geber ins Auge gefasst in H. P. M XIII 233 (864): „Et . . si . . ullus de parentibus meis aparuerit, dicendo quod ego aliquid de casis et rebus ipsis pro falcidie (vgl. oben § 3 N. 11) nomine commemorare debuissim, tunc volo, ut quanticunque fuerint, fiant divisi ab supraseriptis oficialis et herogatariis . . . cum tantum, quautum cum lege plus minus conclaudere potuerit".

[26]) Das ist nicht der Fall, wenn er schon vor dem Tode der vom Geber mit der Leibzucht bedachten Wittwe (oben N. 19) mit deren Einwilligung den Verkauf und die Distribution pro anima donatoris vornimmt: Troya 736 (759). Immerhin ist es bezeichnend, dass man sich in dieser Urkunde auch noch auf die stattgehabte Zustimmung des Königs beruft: „suggerente . . pietate . . Domni Desiderii Regis".

[27]) oben § 12 N. 7.

forderungsklage verwirkt haben, ehe der Dritterwerber oder seine Besitznachfolger in ihrer Gewere sicher sind.

5. Vertretung gegenüber Dritten. Der Treuhänder vertritt als Eigenthümer das Gut nach aussen. Im Rechtsstreit um das Gut ist er der rechte Kläger oder Beklagte. Er hat, was die für den Liegenschaftsprozess geltende Ziehung auf den Gewährsmann[28]) anlangt, die Rechte des Successors und die Pflichten des Auktors, genau wie jeder Andere in der Reihe der Grundstücksfolger. Daher begegnen auch in Bezug auf ihn die durch die wachsende Bedeutung der Urkunde herbeigeführten Abschwächungen des alten, strengen Rechts. In einer salernitaner Urkunde[29]) räumt der Geber dem Treuhänder das Recht ein, an seiner Statt *(loco auctoris)* mit den sämmtlichen das Gut betreffenden Urkunden in der Hand die Vertheidigung zu übernehmen. Und in einer luccheser cartula decretionis[30]) lehnt er dem Treuhänder gegenüber unter Hinweis auf die Uebergabe der cartula und seiner eigenen Erwerbsurkunde sogar die Pflicht ab, sich als Auktor der Defension zu unterziehen.[31]) Es begreift sich, dass die Treuhänder im Verhältnis zu ihren Nachmännern, also bei ihren Weiterveräusserungen, sehr oft dasselbe thaten.[32]) Von der prozessualischen Vertheidigungspflicht des Auktors ist seine materielle Gewährleistungspflicht, vom „defendere" das „restaurare, restituere" scharf zu unterscheiden. Dass der Geber oder seine Erben im Falle der Eviktion dem Treuhänder hätten

[28]) Darüber Brunner, D. R. G. II S. 515 ff.; Hübner, Immobiliarprozess S. 122—131.

[29]) C. C. 71 (872); vgl. dazu oben S. 62.

[30]) Ml. V² 405 (816). Hier wird nämlich die Rechtsmacht zu treuer Hand „a die praesenti" verliehen, vgl. oben S. 54.

[31]) Im lombardisch-tuskischen Gebiet hat man sich offenbar früher und weiter vom alten Recht (Verbot des *stare loco auctoris*) entfernt, als in Süditalien.

[32]) Vgl. Ml. IV² 101 (787), IV² app. 11 (812), 17 (816), V² 239 (793), 253 (796), 414 (818), 451 (823), 541 (838), 799 (867); H. P. M. XIII 133 (839), 268 (876). In den Urkunden des Regesto di Farfa aus dem 11. Jahrhundert versprechen dagegen die Treuhänder ausnahmslos den Destinatären noch ausdrücklich die Erfüllung ihrer Defensionspflicht; vgl. z. B. nr. 608 (1010): „etiam si opus fuerit, contra omnes homines nos stare una cum haeredibus nostris et defendere promittimus omni in tempore gratis", ferner nr. 642 (?), 666 (1013), 687 (?), 706 (1006), 750 (1039), 880 (1049), 943 (1065), 1143 (1095).

Ersatz leisten müssen, kann nicht angenommen werden; die Folge der Eviktion beschränkte sich hier gewiss auf die Thatsache, dass die angeordnete Vergabung nunmehr für den Treuhänder unausführbar geworden war. Zwar war durch Liutpr. 42 (43) auch bei der donatio die Eviktionsverbindlichkeit vorgeschrieben, aber nur als Wirkung des Launegildempfanges,[33]) also nicht mit Geltungskraft für die als donatio pro anima launegildlose[34]) Vergabung zu getreuer Hand. Man darf sich daher auch nicht darüber wundern, dass in der Regel die Urkunde des Gebers ganz über den Punkt schweigt. Um so öfter findet er Erwähnung in der vom Treuhänder über die Weiterveräusserung ausgestellten Urkunde. Häufig wird hier, gewöhnlich im Zusammenhang mit der Ablehnung der Defensionspflicht, die Ersatzpflicht ausdrücklich zurückgewiesen.[35]) Manchmal macht sich jedoch der Treuhänder anheischig, mit seinem eigenen Vermögen für die Eviktion aufzukommen, und zwar nicht blos bei Verkauf,[36]) sondern sogar bei unentgeltlicher Vergabung an die vom Geber bezeichnete Kirche.[37])

Aber auch abgesehen von Defension und Restitution finden wir den Treuhänder für die Befestigung des Rechts am Grundstück thätig. Er lässt sich und den Besitzfolgern von dem früheren Eigenthümer, der das Eigenthum auf Grund eines Verfallpfandvertrages zu Gunsten des Donators verwirkt hat, die Unterlassung jedes Angriffs bei Vermeidung einer Konventionalstrafe versprechen.[38]) Er extrahirt solche Entsagung, selbst nachdem er bereits das Eigenthum weiter übertragen hat, zu Gunsten des Erwerbers.[39]) Er lässt bei der Weitervergabung per cartam an eine Kirche noch ein zweites Originalexemplar ausstellen und behält dieses zurück, um damit ungerechtfertigtem

[33]) Dazu Val de Lièvre, Ztschr. d. Sav.-St. 4 G. A. S. 52.

[34]) oben S. 9.

[35]) Ml. IV [1] 101 (787): „nam nos defensores neque restauratores esse non debeamus" und die weiteren oben in N. 32 aus den Ml. und H. P. M. citirten Urkunden. Vgl. oben S. 70 f.

[36]) Troya 897 (768).

[37]) R. F. 642 (?), 666 (1013), 750 (1039), 943 (1065).

[38]) Ml. V [2] 464 (824). verbunden mit 424 (819).

[39]) H. P. M. XIII 137 (840).

Zugriff einer der bedachten Kirche übergeordneten Macht (des Bischofs) entgegentreten zu können, wie es in der Urkunde heisst: „pro cautellam huius seculi ut in tali per textum, sicut superius iudicavimus, firmis permanead roboranda“.[40])

---

**Zweites Kapitel.**

## Die schuldrechtliche Zuständigkeit.

### § 15.

### Ueberweisung von Nachlassforderungen und Begründung von Forderungen gegen die gesetzlichen Erben oder gegen letztwillig Bedachte.

Um dem Treuhänder körperliche Sachen zur Verwendung für seine Aufgabe zu gewähren, ist der Geber nicht auf den direkten Weg — Uebertragung sachenrechtlicher Herrschaft — allein angewiesen. Dieser Weg führt nicht einmal (oben S. 54) in allen Fällen zum Ziele, nämlich dann nicht, wenn einzelne Fahrnisstücke oder Geldsummen „post obitum“ zugewiesen werden sollen. Der Geber kann auch, und er muss es in diesen Fällen, einen Umweg einschlagen, indem er andere Personen der Rechtsmacht des Treuhänders, die dann eine schuldrechtliche ist, unterwirft. Dies ist in zweifacher Weise möglich: erstens in der Art, dass ein schon ohne dies vorhandenes obligatorisches Recht in den Bereich des Treuhänders gerückt wird, zweitens in der Art, dass ein obligatorisches Recht ad hoc für ihn begründet wird.

1. Durch Vertrag entstandene Schuldforderungen können nicht vom Gläubiger beliebig, ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners, übertragen werden. Dies ist im Anschluss an die Ausführungen Brunner's[1]) für das langobardische Recht als sicher anzunehmen. Nur, wenn der Schuldner von vornherein in der cautio zur Leistung an einen Nachmann des ur-

---

[40]) Chart. II 3 (877).

[1]) Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 522 ff. (Forsch. S. 602 ff.)

sprünglichen Gläubigers sich ausdrücklich verpflichtet hat, lässt sich die Forderung unter genauer Einhaltung des in der Klausel vorgezeichneten Weges an einen Anderen wirksam überweisen. Unter solcher Voraussetzung kann auch eine Ueberweisung an einen letztwillig bestellten Treuhänder in Frage kommen. Nur muss hier von den vier Haupttypen, in denen jene Klausel nach Brunner's berühmten Forschungen[2]) auftritt, die Stellvertretungsklausel ausscheiden, da sie nicht für jemanden passt, welcher sein Recht von einem Verstorbenen herleitet.[3]) Von den drei übrigen findet sich nun in der That die Exaktionsklausel in einer geradezu auf einen Treuhänder zugeschnittenen Fassung in einem luccheser Schuld- und Pfandbrief von 819, wo vom Schuldner neben dem ursprünglichen Gläubiger für berechtigt erklärt ist:

> „aut ille homo cui tu hanc pagina pro anima tua ad exigendum et dispensandum dederis, et ea nobis in judicio osti(= en)derit".[4])

Handelte es sich hier zwar in erster Linie um das dingliche Recht aus Satzung und Verfallpfand, so wurde doch dadurch auch die Legitimation zum Empfang der durch Pfand gesicherten Darlehnssumme bestimmt. Jedenfalls konnte jener Passus ganz ebenso in einer einfachen, nur ein obligatorisches Recht gebenden cautio vorkommen. Aber eine solche spezielle Fassung war nicht einmal nöthig. Schon die blosse Exaktionsklausel „cui tu ad exigendum dederis" gestattete dem ersten Gläubiger, die Forderung auf den Todesfall zur Einziehung und Verwendung einem Treuhänder durch carta judicati oder in einer sonstigen, den Beweis sichernden Form[5]) zu übertragen. Und war in der cautio gar die alternative Inhaberklausel „tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit" oder die reine Inhaberklausel „ad hominem, apud quem hoc scriptum in manu paruerit" enthalten, so konnte auch ein Gläubiger, der als Zweiter, Dritter, Vierter u. s. w. die cautio in seine Hand bekommen hatte, durch ihre Begebung sich für die Forderung einen Treuhänder von Todeswegen be-

---

[2]) a. a. O. S. 103 ff., 505 ff. (F. S. 558 ff.)

[3]) oben § 8 N. 28.

[4]) Ml. V[2] 424, darüber Brunner a. a. O. S. 108 ff. (F. S. 562 ff.)

[5]) oben § 8 N. 30.

stellen, und dieser Treuhänder war dann sogar im Verhältnis zum Schuldner jedes über die Präsentation des Papiers hinausgehenden Nachweises enthoben.[6]) An solche, mit Exaktions- oder Inhaberklausel versehene Schuldbriefe muss man denken, wenn in einer Urkunde von 799 aus Carrara[7]) den Dispensatoren neben einer Reihe von Grundstücken auch eine Forderung überantwortet wird mit den Worten:

> „Similiter in vestra sit potestate decem et septe soledos argento recollegendum et tollendum da Ico . . ., quam ipsi mihi divitum (= debitum) est dare . . ., et ipso . . . pro remedio anime mee vobis tradedi (dies deutet auf die Uebergabe des Papiers) recollegendum et dispensandum",

und wenn in einer Urkunde aus Lucca von 800[8]) ein Dispensator in Erfüllung seiner Aufgabe unter Anderem auch „cantiones causandi et ipso solidos exigendi" an eine Kirche schenkt.[9])

Bei den auf Gesetz beruhenden deliktischen Forderungen kann für die Uebertragbarkeit nicht der Wille des Schuldners entscheidend sein. Dieser kann nicht darauf fussen, dass er durch seine Missethat sich nur einem Bestimmten habe verpflichten wollen. Daher kommt es denn vor, dass, ehe die Person des Delinquenten feststeht, ja ehe das Delikt überhaupt begangen worden, der etwaige künftige Wergeldanspruch einer Kirche übertragen,[10]) oder auch dass er einem Dispensator zu treuer Hand überwiesen wird, damit dieser die Busse im Interesse des Seelenheiles des

---

[6]) oben § 8 N. 30.

[7]) Ml. V $^{2}$ 277.

[8]) Ml. V $^{2}$ 285. Hier wird man Schuldbriefe mit Inhaberklausel unterstellen müssen, da sie vorher vom Geber zu dem Treuhänder gewandert sind und nunmehr von diesem zu einem Dritten wandern. Ein Beispiel dafür, dass damals schon die alternative Inhaberklausel bekannt war — die erste der von Brunner aufgezählten stammt erst aus dem Jahre 850 —, bietet sich in Ml. IV $^{1}$ 80 (774): „vel de illis homenis chorum hanc cartulam (= cui haec cartula) ad exigendo data(s) fuere" (nicht: a te data).

[9]) Vgl. auch C. C. 797 (1028): „recolligant illut (nämlich Geldsummen aus gewissen verbrieften Darlehnsforderungen) ipsi distributores mei . . et deant illum . . . filie mee (= filiis meis), faciendum que boluerint".

[10]) Troya 944 (771) u. Ml. IV $^{1}$ 118 (797). Dazu Brunner a. a. O. S. 106 (F. S. 560) und Tamassia, alienazioni S. 180.

Verletzten verwende.[11]) Ob sich das freilich die Sippe des Verletzten gefallen lassen muss, ist eine andere Frage. Es handelt sich hier, wie bei so vielen letztwilligen Verfügungen, um einen durch die kirchliche Gedankenrichtung der damaligen Zeit eingegebenen Vorstoss gegen die alten Verwandtenrechte, dessen Erfolg von der Energie des mit der Durchführung betrauten Klerikers und der Nachgiebigkeit der Betroffenen abhing.

2. Die zweite der oben gedachten Möglichkeiten ist die, dass der Geber von Todeswegen für den Treuhänder eine Forderung neu begründet. Als zu verpflichtende Subjekte kommen die gesetzlichen Erben oder letztwillig Beschenkte in Betracht. Aber wie sollen diese gefasst werden? Die Urkunden, bis auf eine dem Codex Cavensis angehörig, zeigen interessante Lösungsversuche. Unter diesen bewegt sich einer, der durchgreifendste, der in zwei zeitlich und örtlich weit auseinander liegenden Urkunden[12]) begegnet, auf sachenrechtlichem Gebiete: Das ganze dem Onerirten bestimmte Vermögen wird post obitum dem Treuhänder ad dispensandum zugewendet, aber unter der Resolutivbedingung, dass er es dem Onerirten herauszugeben hat, wenn dieser ihm binnen der festgesetzten Frist die fragliche Geldsumme zahlt. Ein anderer Weg weist auf vertragsmässige Einigung zwischen Erblasser und Erben. So überträgt in einer Urkunde von 997[13]) die Wittwe Giselgarda ihren 3 Söhnen unter Niessbrauchsvorbehalt die ihr am Vermögen des verstorbenen Gatten zustehende Morgincap-Quart; die Söhne verpflichten sich dafür in der strengen Form der Wadiation, nämlich unter Hingabe einer wadia und Stellung eines Bürgen, an den Dispensator, den die Mutter später noch ernennen will, innerhalb 7 Tagen nach ihrem Tode eine Summe Geldes zur Vertheilung an Arme und Priester zu entrichten. Ernennt in der Folge die Giselgarda den Dispensator, so ist dieser aus dem wadiirten Versprechen unmittelbar (Vertrag zu Gunsten eines Dritten) obligatorisch

[11]) Troya 976 (773): „Quidem et licentiam abeatis (sc. der Treuhänder, ein Priester), requirendi, et exintendi (= exigendi) et compositionem tollendi de morte . . . secundum legem, qualiter melius potueritis, et ea pro me dispensare debeatis qualiter vobis recte apparuerit."

[12]) Ml. V [2] 2.9 (793, Lucca) u. C. C. 218 (962, Nuceria).

[13]) C. C. 514.

berechtigt.[14]) Aber wenn die Erben kein Versprechen abgeben wollen oder der Erblasser sie nicht erst um ihre Bereitschaft befragen will? Kann er ihnen die Pflicht zur künftigen Leistung an den Treuhänder aufzwingen? Laut den Urkunden schreiben sich die Erblasser in der That solche Macht zu. Sie scheinen sich dabei auf zwei Punkte gestützt zu haben. Erstens: Dass die Erben für die Schulden des Erblassers bis zum Belange des Nachlasses, für die per wadiam et fideiussorem eingegangenen darüber hinaus hafteten, war altlangobardisches Recht.[15]) Verpflichtete sich der Erblasser nun dem Treuhänder dafür, dass dieser bei seinem (des Erblassers) Tode eine Leistung empfangen sollte, so glaubte er, den künftigen Uebergang dieser Verpflichtung, wie jeder anderen, auf seine gesetzlichen Erben annehmen zu dürfen. Zweitens: In dem ganzen Gebiet des germanischen Rechts wurde bis in das 13. Jahrhundert hinein als Universalmittel für die Festigung einer Verfügung gegen etwaige Angriffe der Erben oder gar Dritter die Androhung einer Geldbusse (compositio) verwendet.[16]) Davon machte man auch hier regelmässig Gebrauch. Der Erblasser legte seinen Erben für den Fall der Nichterfüllung der Leistung eine an den Treuhänder zu zahlende Komposition auf. Beispiele bieten die Urkunden C. C. 235 (966), 675 (1014), 797 (1028), 1189 (1053), 1377 (1064). Bei C. C. 235 ermächtigt[17]) durch offenbar zweiseitigen Akt der letztwillig Verfügende einen Treuhänder, von der mit dem Niessbrauch am Ganzen und dem freien Verfügungsrecht über die Fahrnis bedachten Mutter gewisse Mobiliarstücke (3 Pferde, 2 Zugthiere,

---

[14]) In C. C. 624 (1009) bezahlen die von dem schwerkranken Mastalus mit einem Hausgrundstück in Salerno beschenkten Schwestern Matrona und Blactula sogleich bei der Tradition die ihnen vom Schenker auferlegte Summe von 8 Goldtarenen an den mitanwesenden Distributor.

[15]) Vgl. Roth. 174, 362, 385; Liutpr. 16, 19, 56 (57) [dazu die zweite Prozessformel im lib. Pap.]; Aregis 10; Lombardakommentare zu II, 21; Stobbe, in Bekker's und Muther's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 5 S. 295—298; Pappenheim, Launegild u. Garethinx S. 69—75; Schupfer, Thinx e affatomia S. 39 f.

[16]) Darüber das Nähere im folgenden Paragraphen.

[17]) „tradiderat, ut distribuere(t)“, hier tradere nicht — sachenrechtlich übertragen, sondern allgemein = ermächtigen, Rechtsmacht ertheilen. Ebenso in R. F. 1143 (1095), dazu oben § 9 N 14.

8 Solidi etc.) und von den beiden zum Eigenthumserwerb an der Liegenschaftsmasse berufenen Schwestern 50 Solidi, alles zur Distribution pro anima, einzufordern; „etiam et obligaberat (sc. donator) heredes suas, ut si eos remob(= v)ere quesierint, componere illi, adbersus quem inde contrare quesierint, centum solidos costantinos et eius questio tacita et vacua inde permanerent.“ In ähnlicher Weise wird in C. C. 675 und 797 den Treuhändern zu frommen Zwecken bezw. zur Bewidmung einer kranken Tochter des Erblassers das Recht zugewendet, Geldsummen in gewissem Betrage oder Nachlassmobilien in gewissem Werthe von den Erben herauszuverlangen. Dass der Verfügungsakt auch in diesen beiden Fällen ein zweiseitiger ist, erhellt nicht mit Sicherheit. Man möchte es vielleicht mit Rücksicht auf den Passus annehmen, wonach der Erblasser seine Verfügung „in manum der Treuhänder committit“.[18]) Aber auch die Einseitigkeit wäre hier durch den ausdrücklichen Hinweis auf die „magna infirmitas“ des Verfügenden, die ihm aber noch das „recte loqui“ gelassen habe, also durch die Vorschrift der l. 6 Liutpr. (oben § 3), gerechtfertigt. Mit voller Klarheit ergiebt sich die Zweiseitigkeit des Aktes bei C. C. 1189 und 1377. Hier thut der Verfügende noch ein Mehr im Vergleich zu den anderen Fällen. Er schliesst, um die Wirksamkeit der eventuellen Busspflicht der Erben zu erhöhen,[19]) mit den Treuhändern einen Wadiationsvertrag ab: er reicht ihnen eine wadia und stellt einen Bürgen oder verpflichtet sich doch, eben durch die Hingabe der wadia, alsbald[20]) einen Bürgen zu stellen.[21]) —

Hat der Treuhänder auf Grund der ihm nach Ziff. 1 oder nach Ziff. 2 verliehenen obligatorischen Rechtsmacht körperliche Sachen in die Hand bekommen, so ist ihm über diese eine

---

[18]) Vgl. unten § 16 N. 39.

[19]) Vgl. unten § 16 N. 37.

[20]) Liutpr. 127 (128): binnen 3 Tagen. Vgl. Val de Lièvre, Launegild u. Wadia S. 184, 223; Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 511 (Forsch. S. 592); Heusler, Instit. II S. 240 f.

[21]) C. C. 491 (996), eine in Gemässheit der l. 6 Liutpr. einseitige Disposition, enthält eine einfache, nicht durch Strafklausel gesicherte Auflage an letztwillig Bedachte (nicht an die gesetzlichen Erben), dem Distributor beim Tode des Erblassers eine Geldsumme zu zahlen.

sachenrechtliche Kompetenz nach den oben in §§ 8—14 entwickelten Grundsätzen erwachsen.[22]) Er hat Eigenthum unter einer durch die Zwecksatzung des Donators bestimmten Resolutivbedingung.

## § 16.
## Die Strafklausel im Dienste der letztwilligen Treuhand.

Wir haben im vorigen Paragraphen die Strafklausel, d. h. die Auflage einer Busse (compositio), als Sicherungsmittel für obligatorische Berechtigungen des Treuhänders gegen die Erben kennen gelernt. Dieselbe Klausel tritt noch in anderen, sehr zahlreichen Fällen in Verbindung mit der letztwilligen Treuhand auf. Sie nimmt einen wichtigen Platz ein in der Entwickelungsgeschichte der Testamentsexekution.

Die einseitige[1]) Strafdrohung, ausgehend von einer Privatperson, mit dem Zwecke, den faktischen oder juristischen Bestand eines Werkes vor künftigen thatsächlichen oder rechtlichen Angriffen Anderer zu schützen, bildet eine Erscheinung von universeller rechtshistorischer Bedeutung. Sie taucht z. B. auf in babylonischen Verkaufsurkunden des 6. Jahrhunderts vor Chr., in den griechischen und römischen Sepulkralmulten und in grosser Fülle in den germanischen und romanischen Urkunden des früheren Mittelalters.[2]) Ueber die rechtliche Grundlage und die Bindungskraft dieser Strafdrohungen gehen die Ansichten auseinander. Die einen (Kohler, von Brünneck) sehen darin Bethätigungen einer Privatautonomie, einer Selbsthülfe der Privaten, welche

---

[22]) vgl. oben S. 54.

[1]) Gegensatz: die im Wege der Konvention gegenüber dem Berechtigten abgegebenen Strafversprechen.

[2]) Vgl. z. B.: J. Merkel, Ueber die sog. Sepulkralmulten, in der Göttinger Festgabe für Ihering (1892) S. 83 ff.; R. Loening, Ueber Ursprung und rechtliche Bedeutnng der in den altdeutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln, als Anhang zu seiner Schrift „Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen" Bd. I (1876) S. 534 ff.; Bluhme in Bekker's u. Muther's Jahrb. des gem. d. Rechts Bd. 3 (1859) S. 207 ff.; Kohler in Ztschr. f. vergl. Rechtswissensch. Bd 5 (1884) S. 379 ff.; derselbe, Beitr. z. german. Pr.-R.-Gesch. Heft 2 (1885) S. 24 [3]; von Brünneck, Siciliens mittelalterliche Stadtrechte (1881) Theil II S. 161; Tamassia, alienazioni (1885) S. 259 ff.; Hübner, donationes post obitum S. 36 ff.

Lücken der Rechtsordnung auszufüllen suche oder sich zuweilen sogar wider ein zwar noch formell bestehendes, aber vom Zeitgeist überwundenes Stück der Rechtsordnung erhebe. Andere (Loening[3]) vermuthen nur einen deklaratorischen Charakter: man habe mit Strafen belegt, was auch ohnedies kraft objektiven Rechts strafbares Unrecht gewesen sei; höchstens für das Strafmass sei der Privatwille als solcher entscheidend in Betracht gekommen. Nach Merkel[4]) hat es sich — so wenigstens bei den Gräbermulten — um eine beabsichtigte Nachahmung der lex publica gehandelt, um einen Akt der Privatautonomie, „aber mit keinem anderen ersichtlichen Zwangsmomente, als der ihn honorirenden Sitte," als der Macht der Gewohnheit.

Die in den langobardischen Verfügungen auf den Todesfall enthaltenen Klauseln, die auf die gesetzlichen Erben, wenn sie nach dem Tode des Erblassers einen Angriff wider das Verfügte sich herausnehmen sollten, neben den Strafen des Himmels eine Vermögensstrafe herabrufen, fallen unter jene einseitigen Strafdrohungen. Es liegt, richtig angesehen, die Sache nicht so, dass der Erblasser seinerseits für den Belästigungsfall die Zahlung einer Konventionalstrafe verspricht und die Verpflichtung aus diesem Versprechen auf die Erben übergeht. Man wird ferner kaum[5]) in den römischen, erst von Justinian zugelassenen *poenae nomine relicta vel ademta*[6]) die Vorbilder für unsere Klauseln erblicken dürfen; denn jene setzen voraus, dass der Onerirte kraft Verfügung des Testators zunächst überhaupt etwas aus dem Nachlass erhält, während die langobardischen Klauseln sich oft auch da[7]) vorfinden, wo von vornherein der ganze Nachlass einem Anderen als dem mit der Strafe bedrohten Erben zugewendet ist, und sogar ausnahmsweise[8]) mit der Bedrohung

[3]) namentlich S. 579 ff., 589 ff.

[4]) S. 131, 133 f.

[5]) wie dies Loening a. a. O. S. 556 [29] thut; vgl. Merkel a. a. O. S. 110 [122].

[6]) cf. Dernburg, Pand. III § 98 N. 14.

[7]) Vgl. z. B. Troya 809 (764), 884 (768); Ml. V [2] 240 (793) u. a.

[8]) Troya 742 (760), 889 (768); H. P. M. XIII 243 (867, ausgestellt von einem salischen Franken: „qualecumque persona propincus aut extraneus"); C. C. 96 (882: „heredes meos . . . aut quicumque homo"). Vgl. Tamassia S. 264 [1].

der Erben die Bedrohung der consortes (Miteigenthümer), parentes oder jedes beliebigen dritten Angreifers verbinden. Hier liegen also in der That in eventum erlassene Strafbefehle der Erblasser vor. Erwägen wir, dass die geschützten Verfügungen in erster Zeit fast ausschliesslich, in späterer Zeit weitaus überwiegend zu Gunsten der Kirche oder frommer Zwecke errichtet waren und auch, insofern darin Laien bewidmet waren, als donationes pro anima die kirchliche Unterstützung genossen,[9]) so dürfen wir in der Kirche und ihrem Einfluss auf die Gemüther diejenige Macht erblicken, die nun auch der Durchführung jener weltlichen Strafen günstig war.[10]) Was bei den Alamannen und den Bajuwaren mit der Zeit die volksrechtliche Sanktion errang,[11]) das gab bei den Langobarden, ohne sich zu einem weltlichen Gesetz zu verdichten,[12]) als Macht der Gewohnheit — in dem von Merkel für die Sepulkralmulten behaupteten Sinne — der Privatautonomie die nöthige Grundlage und Stütze, wenn es nicht vielleicht zum Gewohnheitsrecht wurde. Dass die Strafdrohungen, wie Loening[13]) und die Anderen mit Recht annehmen, nicht blos hohle Abschreckungsmittel waren, sondern dem Verletzer gegenüber mit Hülfe des weltlichen Richters verwirklicht wurden, dafür haben wir für das langobardische Recht und unser spezielles Gebiet den sonst[14])

[9]) oben S. 9.

[10]) Dazu recht gut Tamassia S. 262 ff, 268.

[11]) lex Alamannorum (ed. Lehmann, älterer Text) tit. I § 2: „Et si aliqua persona aut ipse, qui dedit, vel aliquis de heredibus ejus post haec de ipsas res de illa ecclesia abstrahere voluerit, vel aliquis homo qualiscunque persona hoc praesumpserit facere, affectum, quod inchoavit, non obteneat, et multa illa, quae carta contenit, persolvat et res illas ex integro reddat, et fredo in publico solvat, sicut lex habet“. Aehnlich lex Baiuw. tit. I § 2; darüber Bluhme a. a. O. S. 222 ff. u. Loening a. a. O. S. 591 ff.

[12]) Loening's (S. 593 f.) Annahme, dass es sich bei den in N. 11 citirten Vorschriften um ein für das gesammte fränkische Reich erlassenes Kapitular gehandelt habe, dessen Einfügung in die anderen Volksrechte zufälliger Weise unterlassen worden, ist unrichtig. Vgl. K. Lehmann in der Praefatio zu seiner Ausgabe der lex Alamannorum (M. G. LL. V, 1 S 6 ff). Auch tauchen die Strafdrohungen in den langobardischen Urkunden schon geraume Zeit vor der fränkischen Eroberung auf.

[13]) S. 597 ff.

[14]) Loening S. 597 f., Merkel S. 129.

vermissten Beweis in C. C. 797 (1028). Hier wird vom Prozessgericht gegen den gesetzlichen Erben, welcher eine letztwillige Verfügung als *falsam* schilt, für den Fall, dass die Gegenpartei durch ihren Eid sie als *veram* erhärtet, auf die in der Verfügung angedrohte Busse von 20 Goldsolidi wirklich erkannt.

Aber sind die in den langobardischen letztwilligen Dispositionen gegen die Erben ausgesprochenen Strafdrohungen ihrer Rechtsnatur nach einseitige Befehle, so haben sie sich äusserlich doch aus den Vertragsstrafen heraus entwickelt. Ihre Wurzeln liegen, wie Loening[15]) zutreffend ausgeführt hat, in den Strafgedingen, durch welche nach römischem Vorbild[16]) der Verkäufer für den Fall der Eviktion der Kaufsache durch einen Dritten sich zur Restitution des Duplum verpflichtete (Anspielung darauf im letzten Satz der l. 115 [116] Liutpr.[17])). Dabei pflegte man den Uebergang dieser Verpflichtung auf die Erben noch ausdrücklich in der Urkunde hervorzuheben: man gab die Verpflichtungserklärung für sich und die Erben ab (in der Weise, wie es im ersten Satze der l. 7 (16) Aist. unterstellt ist[18])). Aber nicht genug: der Verkäufer bekannte sich — und damit ging man noch über das römische Vorbild hinaus — zur nämlichen Strafe auch für den Fall, dass er selbst sich zu einem thatsächlichen oder prozessualischen Angriff gegen die durch die verkaufsweise Uebereignung geschaffene Lage hinreissen liesse, und er rief auch hier als Träger einer gleichen Verpflichtung zugleich seine Erben aus. Er erklärte unter Zusammenfassung beider Pönalversprechen:

> „Unde ispondeo ego . . una cum meus heridis, ut si tibi (Käufer) vel ad tuis heridis intentionare aut retrajere quesierimus ipsa res per qualivet ingenium, et aduc vovis ipsa ad (= a) qualivet homine defensare non potuerimus; ispondeo ego . . . una cum meis heridis

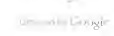
---

15) S. 544 ff.

16) Dig. de evictionibus et duplae stipulatione 21, 2.

17) Vgl. Heusler, Instit. I S. 238.

18) „Si quis langobardus cum pontificibus . . . . convenientiam fecerit, et poena inter se partes obligaverint et heredes vel successoribus suis conligaverint“. Vgl. Tamassia S. 264 ff.



componere tibi ... vel ad tuis heridis omnia in duplu ..."
(Troya nr. 749 [761]).[19])

Dieselbe Sitte bürgerte sich bei den Sachschenkungen ein; nur wurde hier das Strafgelöbnis naturgemäss viel seltener,[20]) als bei den Verkäufen, auf den Fall der Eviktion gestellt, blieb also zumeist[21]) beschränkt auf den Fall künftiger Störung oder Anfechtung von des Schenkers Seite. Und was für die Schenkungen intra vivos galt, wurde ohne Weiteres für die donationes „post obitum" übernommen. Auch wer letztwillig schenkte, nahm oft jene Strafklausel in die Traditionsurkunde auf, nur mit der sich von selbst ergebenden Veränderung, dass er Zuwiderhandlung und Busse ausschliesslich für die Zeit nach seinem Tode, also allein für seine Erben, in Betracht nahm. Dass gerade darin ein juristisch ausserordentlich bedeutsamer Unterschied lag, dass damit unter der Hand aus dem auf die eigene Person berechneten und nur die Erben als Universalsuccessoren mitergreifenden Strafgelöbnis eine gegen die Erben gerichtete Strafdrohung, aus der Vertragsstrafe ein Strafbefehl in dem oben erörterten Sinne geworden war, das kam nicht zum klaren Bewusstsein. Als Strafe erhielt sich die poena dupli,[22]) doch kam hier nicht selten an ihrer Statt eine bestimmte Geldstrafe[23]) vor; berechtigt zum Empfang der Strafe war der Donatar.

Da nach unseren Darlegungen die Bestellung eines letztwilligen Treuhänders mit dinglicher Rechtsmacht nichts Anderes war, als eine an den Treuhänder vollzogene Sachschenkung post obitum, nur eine in besonderer Art bedingte, so begreift es sich, dass auch dabei schon frühe, noch vor der fränkischen Eroberung, die Straffestsetzung Eingang fand. In Troya 976 (773) heisst es:

„Et quis de meis heredibus contra hanc p(aginam) tam in aliquo agere aut causare vel disrumpere presum-

---

[19]) Weitere sehr zahlreiche Citate aus der unendlichen Fülle von Beispielen bei Loening S. 545 [18].

[20]) So z. B. in Troya 754 (761).

[21]) wie in Troya 744 (760), 795 (763), 831 (765); vgl. Loening S. 548 ff.

[22]) z. B. Troya 742 (760), 809 (764), 864 (766), 889 (768).

[23]) z. B. Troya 867 (767), C. C. 491 (996).

serit per quodlibet ingenium, sit componiturus ipse heres meus, una cum suis heredibus . . . presbitero (dem Treuhänder) . . . omnis suprascripta res tripla[24]) . . ."[25])
Aber wie die dingliche, so schützte man dann auch die obligatorische Rechtsmacht des Treuhänders durch solche Strafklausel vor dem Angriff oder dem Widerstreben der Erben. Nicht blos die auf Nachlassforderungen sich erstreckende,[26]) auf dass z. B. die Erben sich nicht etwa einfallen liessen, ihrerseits diese Forderungen einzuziehen, sondern vor allem die gegen die Erben selbst begründete Rechtsmacht; bildete doch in Bezug auf die letztere, wie wir oben (§ 15 Ziff. 2) gesehen, die Bussauflage geradezu ein für die Durchführbarkeit wesentliches Element.[27]) Selbst in dem oben (S. 77 f.) mitgetheilten Falle, wo jemand das Mundium über seine Schwester einem Priester zu getreuer Hand übertrug, war der Strafbefehl gegen die Erben, die vielleicht aus einem von ihnen beanspruchten gesetzlichen Mundialrecht den Anlass zur Belästigung des Priesters oder seiner Muntbefohlenen nehmen möchten, nicht vergessen; die Strafe war dem Priester zugedacht.[28])

Soweit sie bisher erörtert worden, hatte die Klausel immer nur die Bestimmung, den Träger einer Rechtsmacht im Besitze

---

[24]) Hier ist, wie noch in mancher anderen Urkunde, an Stelle des Duplum ein Triplum getreten.

[25]) Weitere Beispiele Troya 884 (768); Ml. IV $^1$ 107 (789), V $^2$ 152 (774), 240 (793), 277 (799), 532 (836); H. P. M. XIII 243 (867); C. C. 71 (872), 77 (873), 96 (882), 235 (966), 602 (961, inserirt). In den hier citirten Urkunden der Memorie lucchese ist durchweg das Zwei- oder Dreifache des Objekts, in den Urkunden des C. C. durchweg eine bestimmte Geldsumme als Strafe festgesetzt.

[26]) Vergl. z. B. Ml. V $^2$ 277: „quicumque de heredibus meis contra vos . . . dispensatoris meis . . . de suprascripta res et argento (bezieht sich auf eine vorher den Treuhändern ad recolligendum et dispensandum zugewiesene Forderung) . . . in aliquo exinde agere aut causare aut intentionare . . . voluerit . ., compona(t) . . . vobis (den Treuhändern) . ."

[27]) Vgl. die oben S. 120 f. besprochenen Urhunden. — In C. C. 514 (997) — oben S. 119 N. 13 — bekräftigen die Erben die gegenüber ihrer Erblasserin übernommene Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme an den Treuhänder durch ein zu des letzteren Gunsten abgegebenes Strafversprechen (also Vertragsstrafe).

[28]) Troya 908 (769).



derselben dadurch zu schützen, dass **ihm selbst** das Recht, von dem Widersacher eine Busse einzutreiben, verschafft wurde. Bei der letztwilligen Treuhand gewann die Klausel noch darüber hinaus Bedeutung. Man sprach dem Treuhänder nicht blos bezüglich derjenigen Verfügungen, welche ihm selbst eine prinzipale Rechtsmacht verliehen, sondern auch bezüglich der in ebenderselben Urkunde damit verbundenen Verfügungen, welche sich direkt an die Destinatäre wandten, mit welchen er also in der Hauptsache nichts zu thun hatte, den sekundären Strafanspruch zu. So darf schon in Troya 976 (773) die Strafklausel dahin gedeutet werden, dass sie den Treuhänder ermächtigte, auch spätere Angriffe der Erben gegen den der Wittwe des Donators unmittelbar verschriebenen Niessbrauch mit dem Verlangen der Busszahlung zu beantworten. Und in der (auf Grund der l. 6 Liutpr.) einseitigen Verordnung des Priesters Rodelghis vom Jahre 961[29]) ist, nachdem nur gewisse Objekte einem Dispensator zur Vertheilung pro anima, die übrigen **direkt** den verschiedensten Personen, dem Pathenkind und dessen Mutter, der Nichte, dem Neffen u. a., zugewiesen sind, die Strafklausel in folgender Weise abgefasst:

> „et si eredes meas de hec **omnia**, quod superius legitur, quesierit aliquit inde remobere aut contrare, . . . siant obligati ad componendum ad illo hominem, aput quem scripto iste paruerit, (d. i. an den Dispensator) 50 solidos constantinos."

Ja, es finden sich Fälle, in denen jemand **nur** mit dem sekundären Pönalanspruch, dann allerdings in Bezug auf den ganzen Inhalt der letztwilligen Disposition, dagegen gar nicht mit einer prinzipalen Rechtsmacht bewidmet ist. Beispiele dafür bieten die (gemäss Liutpr. 6) einseitige Disposition des Boso v. 968[30]), die (gleichfalls gemäss Liutpr. 6) mündliche Verfügung der Alfarana von 1043[31]) und die zweiseitige Vergabung des Muscus

---

[29]) inserirt in C. C. 602.

[30]) C. C. 257. Dazu **Brunner**, Ztschr. für Handelsr. 22 S. 507 f. (Forsch. S. 588 f.).

[31]) C. C. 1022.

von 1012.[32]) Wir erkennen daraus, dass die Strafklausel an und für sich allein eine Treuhänderschaft begründen konnte, eine Treuhänderschaft von anderer, als der bislang erörterten Art, eine solche, welche nicht die Rolle eines Zwischenmannes, eines Vermittlers zwischen Donator und Destinatär gab, nicht ein aktives Wirken zum Zwecke der Ausführung gewisser letztwilliger Dispositionen verlangte, nicht eine eigene Kompetenz, sei es eine dingliche oder obligatorische, zur Hauptsache selbst verlieh, sondern nur den letzten Willen, dafür aber in allen seinen Theilen, unter den Schutz des erkorenen Vertrauensmannes stellte, diesen als Wächter über die Erfüllung, als Vertheidiger gegen feindliche Angriffe aufrief und ihm als Waffe zwar auch eine eigene obligatorische, aber eben nur eine subsidiäre und mittelbare Rechtsgewalt verschaffte. Der Codex Cavensis weist in den Urkunden des 11. Jahrhunderts für diese Interventionstreuhänderschaft, welche der Regel nach — die für das Gegentheil zuletzt aufgeführten drei Beispiele bilden die Ausnahme — mit einer zur Mittlerrolle ermächtigenden Treuhänderschaft in einer Person vereinigt war,[33]) eine typische Bezeichnung auf: Der Verfügende „kommittirt" sich selbst[34]) oder das, was er verfügt,[35]) „in manum" des Erwählten.[36]) So sagt z. B. in C. C. 1094 die Erblasserin im Eingang:

---

[32]) C. C. 646: donatio post obitum. Ich glaube, bei der hier zu Gunsten des Hauptbedachten „aut cui scriptio ista in manum paruerit" lautenden Bussfestsetzung die Inhaberklausel auf einen Treuhänder beziehen zu sollen. Denn der Donator lässt ausser dem für den Hauptbedachten bestimmten Exemplar der carta noch ein zweites ausfertigen, das er zunächst bei sich zurückbält Durch Begebung des letzteren würde er auf Grund des Inhaltes der Bussfestsetzung später noch seiner Vergabung einen Treuhänder mit der im Text gedachten Kompetenz verschaffen können.

[33]) Der Treuhänder hatte z. B. daneben die Aufgabe, gewisse Objekte des Nachlasses zu verkaufen und den Preis an bestimmte Destinatäre auszuhändigen, Geldsummen von den Erben zur Distribution pro anima einzuziehen und dergl.

[34]) C. C. 1022: „cuius se in manum commisit".

[35]) C. C. 675 (1014), 797 (1028), 1094 (1047), 1377 (1064). — In C. C. 1189 (1053) sagt der Donator sogar: „in manum me illut (das Verfügte) committo Guisenolfi . . ."

[36]) wohl zu unterscheiden von dem „res in manum committere", was die Uebertragung einer dinglichen Rechtsmacht über körperliche Sachen zu getreuer Hand bedentet. Vgl oben S. 56 N 13.

„iudico atque dispono et in manum illut committo ad Mirandu cognatus meus . . . , quomodo et qualiter post meum hobitum de causis meis fiad prehordinatum et exinde pro animam meam datum."

Dann folgen die einzelnen Bestimmungen, denen der Satz sich anschliesst:

„Unde obligo heredes meos, ut si de ec (= haec) omnia, ut superius disposui et iudicavi, aliquid exinde contradixerit et retroare (= retrotrahere) seu removere illut quesierit et quodcumque causationes exinde preposuerit, et omnia non adimpleverit, sicut superius legitur, in pena siant obligati ille heredes meos, quia talia aiere (= agere) presumpserint, ad componendum supradicto Mirandi, cui in manu illut commissimus, . . . 50 auri solidos constantinianos."

Am Ende heisst es:

„Unde pro omnia, ut dictum est, adimplendum . . . guadiam tibi iamdicto Mirandi dedimus et mediatorem (= als Bürgen) tibi posuimus Petrus clericus."

Damit die Wirksamkeit der eventuellen Busspflicht der Erben verschärft werde,[37]) wird also noch zwischen der Erblasserin und dem Treuhänder ein Wadiationsvertrag durch Hingabe der wadia und Bürgenstellung abgeschlossen — was an den oben dargelegten geschichtlichen Zusammenhang des Strafbefehls gegen die Erben mit der die Erben als Nachfolger ergreifenden Strafkonvention erinnert.[38])

---

[37]) sofortige Vollstreckbarkeit: Heusler, Instit. II S. 239 f., vgl. Brunner, Ztschr. für Handelsr. 22 S. 511 u. 513 N. 2 (Forsch. S. 592 u. 594 N. 1). Darüber, dass nach späterem langobardischem Recht die wadiae obligatio auch für nicht präsente Verpflichtungen, ja auch für Versprechen noch zweifelhafter, ungewisser Leistungen zulässig war, vgl Heusler a. a. O. S. 242 [2], auch Val de Lièvre a. a. O. S. 127 f.

[38]) Wadiation auch in C. C. 1189 u. 1377 (darüber oben S. 121). — Die letztere Urkunde lässt den fraglichen Zusammenhang noch deutlicher erkennen; obwohl in Wirklichkeit doch nur die Erben von der Verpflichtung getroffen werden, heisst es dort: „Et per ipsam guadiam ipse Petrus (der Erblasser) obligavit se et suos heredes, . . componere ipsi Johanni (dem Treuhänder) . . . 200 auri solidos constantinos". Vgl. auch C. C. 646 (1012): „componere obligo me et meos eredes".

Die „Commissio in manum“[39]) gab hiernach dem Treuhänder auch insoweit, als er nicht Salmannsqualität hatte, als er nicht bedingter Eigenthümer von Nachlassgegenständen oder bedingter Gläubiger von Forderungen des Nachlasses oder von Forderungen im Interesse des Nachlasses geworden war, eine Rechtsmacht gegenüber den Erben. Diese war eine selbständige, war in eigenem Namen auszuüben; denn sie fusste auf dem Anspruch, in eventum eine Busse für die eigene Tasche eintreiben zu dürfen. Wollten die Erben ihrerseits eine Vorschrift des Erblassers nicht erfüllen, der Verwirklichung durch andere vom Erblasser dazu Berufene sich widersetzen, eine schon verwirklichte Verfügung des Erblassers nachträglich umstossen, so war es der Treuhänder, der am wirksamsten mahnen konnte: Erfüllt, gebt euren Widerstand auf, lasst von der Störung ab! Denn kamen sie seiner Mahnung nicht nach, so hatten sie seine Klage auf die meist hoch bemessene Busse zu gewärtigen und wurden, wenn sich ihr Gebahren als ungerechtfertigt[40]) herausstellte und sie daher verurtheilt wurden, damit keineswegs der Pflicht ledig, dem letzten Willen ihres Erblassers Folge zu geben. Die Busse hatte nicht Reugeld-Charakter[41]) und konnte

---

[39]) In sämmtlichen oben N. 34 und 35 citirten Fällen sind die Voraussetzungen (schwere Krankheit, Todesnähe) für die Anwendung der l. 6 Liutpr. (Dispens von Zweiseitigkeit und Schriftlichkeit) gegeben. In vier von diesen Fällen vollzieht sich der Akt der commissio in manum gleichwohl sicher zweiseitig und zwar dergestalt, dass als Gegenkontrahent der Treuhänder allein oder mit Anderen (letztwillig Bedachten) zusammen auftritt: C. C 1022 — hier ist die Verfügung zwar eine mündliche, aber die Anwesenheit des Treuhänders wird ausdrücklich erwähnt —, 1094, 1189, 1377. Zweifelhaft ist die Zweiseitigkeit bei C. C. 675 u. 797; vgl. oben S. 121. Vielleicht hat in dem Akt auch ein formelles Element, Anvertrauen der Verfügungsurkunde, gelegen; er hätte dann in der Entwicklung ein Zwischenglied gebildet zwischen der zweiseitigen Vergabung zu Händen des oder eines der Bedachten (sei es auch nur eines bedingt bedachten Salmann-Treuhänders) und der einseitigen, testamentsähnlichen Verfügung. — Eine commendatio cartae ohne commendatio rei schon in RF. 98(777).

[40]) Die Vertheidigung ihres guten Rechts (z. B. Erbenwartrechts) konnte ihnen keine Strafe zuziehen. Freilich hatte dieses selbst vielfach mit einer feindlichen Rechtsströmung — vgl oben S. 100 ff. — zu kämpfen. Vgl. auch Beseler, Erbverträge I S. 52

[41]) In der oben auszugsweise wiedergegebenen Urkunde C. C. 1094 steht unmittelbar hinter der Strafdrohung der Passus: „Et quod superius disposui et indicavi, omni tempore firmum stabilemque permanead“. Ebenso in den übrigen oben N. 34 und 35 citirten Urkunden.

also von dem im Ungehorsam verharrenden Erben erneut eingezogen werden.[42]) Behauptete ein Erbe, dass die den letzten Willen verbriefende Urkunde unecht oder unwahr wäre, und wollte er sie deshalb durch Schelte aus dem Wege räumen, so musste er auch diesen Strauss mit dem Treuhänder ausfechten und, wenn er unterlag, sich auf den Verlust des Bussgeldes gefasst machen. Ein Beispiel für einen solchen Feststellungs-Rechtsstreit bietet C. C. 797.[43])

Durch die Commissio in manum im vorstehenden Sinne war ein für die Entwicklung der Testamentsexekution wichtiges Moment eingeführt worden. Verflüchtigte sich auch in der nach- bezw. spätlangobardischen Periode des mittelalterlich-italienischen Rechts die Wirksamkeit und Klagbarkeit der privaten Strafdrohung[44]) und in Folge dessen diese selbst mehr und mehr, so blieb doch das Anvertrauen des letzten Willens selbst und seines Inhaltes zu getreuer Hand in Uebung[45]) und, unmittelbar daraus abgeleitet, nun nicht mehr durch den Bussanspruch vermittelt, das selbständige Recht des Treuhänders bestehen, den Erben gegenüber auf Durchführung des vom Erblasser Verordneten zu dringen.[46])

---

[42]) Der Treuhänder hatte also eine Zwangsgewalt, vergleichbar derjenigen, welche in §§ 774 und 775 der deutschen Civilprozessordnung bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen gegeben ist.

[43]) Vgl. über diese Urkunde schon oben S 125. Treuhänderin ist hier die Wittwe des Erblassers, welche zusammen mit ihrem Sohne (Muntwalt!) auftritt

[44]) Vgl. die Ausführungen v. Brünneck's (a. a. O. S. 159—162) über das Vorgehen der sicilischen Stadtrechte in dieser Richtung.

[45]) Vgl. z. B. die Disposition des Propstes der Kathedrale zu Novara vom Jahre 1183 in Chart. I nr. 599, welche, ohne dass eine Strafdrohung vorhergegangen, mit dem Satze schliesst: „Hanc autem dispositionem et ordinationem maiori sacerdoti et maiori diacono et maiori subdiacono ecclesie sancte Marie pretaxate committo“.

[46]) Vielleicht gehört hierher schon R. F. 706 (1006), wo die Treuhänder von ihrem Machtgeber berichten: „Iterum nobis constituit. . ., ut nullus de haeredibus vel consanguineis illorum (des Machtgebers und seiner Ehefrau) de omnibus quae inferius scripta esse videntur aliquam aliquando inferat molestiam“, ohne von einer Strafandrohung etwas zu erwähnen.

## Drittes Kapitel.

## Die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit der Treuhänderbefugnisse. — Mehrere Treuhänder.

### § 17.

Wer letztwillig einen Treuhänder bestellte, war zunächst von der Vorstellung beherrscht, dass diesem länger als ihm selbst zu leben vergönnt sein würde, und zwar wenigstens um so viel länger, als zur Erfüllung der gestellten Aufgabe nöthig war. Aber diese Erwartung konnte getäuscht werden, der Treuhänder vor dem Machtgeber oder, wenn nach ihm, so doch vor gänzlicher Durchführung seiner Aufgabe sterben. Es konnten Hindernisse in seiner Person eintreten, vielleicht Handlungsunfähigkeit oder weite Entfernung vom örtlichen Bereich, in dem er als Treuhänder zu wirken hatte. Wir dürfen vermuthen, dass die Rechtsbildung für solche Fälle Vorsorge traf und dass ihr Ausgangspunkt und Schwerpunkt, wie bei den meisten übrigen Beziehungen des Treuhandverhältnisses, während der langobardischen Rechtsperiode nicht in der Gesetzgebung, sondern in den Festsetzungen der Auftraggeber lag, dass wir also auch hier im Wesentlichen aus den Urkunden unsere Kenntnis zu schöpfen haben.

Zuvor soll uns aber die Frage beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsmacht des Treuhänders, sei es die dingliche, sei es die obligatorische, bei seinem Tode sich auf seine gesetzlichen Erben übertrug. Für die Bejahung spräche, dass sie durchgängig zu eigenem Recht verliehen und in eigenem Namen auszuüben war. Der Treuhänder war insbesondere in Ansehung der ihm aus dem Vermögen des Machtgebers überwiesenen Objekte wahrhafter Successor geworden.[1]) Er hatte auf diese Objekte durch die Ueberweisung sogar schon bei Lebzeiten des Schenkers eine feste Anwartschaft[2]) erlangt, wie der Destinatär der gewöhnlichen Vergabung auf den Todesfall, welcher aus diesem Grunde — darin besteht einer der

[1]) Vgl. oben S. 62.

[2]) Oben § 14 Ziff. 1.

Hauptunterschiede vom römischen Testamentsrecht —, wenn er vorverstarb, auf seiner Seite die Gabe weitervererbte. Allein der Bejahung widerstrebt der fiduciarische Charakter des Rechtsverhältnisses. Der Treuhänder sollte von seinen Befugnissen in fremdem Interesse Gebrauch machen und dabei besondere persönliche Eigenschaften, die man gerade bei ihm voraussetzte, bethätigen.[3]) Die durch die Zwecksatzung aufgelegte Beschränkung, deren dingliche Bedeutung wir oben[4]) als eine Eigenthümlichkeit der germanischen fiducia nachgewiesen haben, musste daher auch bewirken, dass die Rechtsmacht an die Person des auserwählten Vertrauensmannes gebunden blieb. In dem Augenblick also, mit welchem ein Thätigwerden dieser Person unmöglich wurde, erwies die vielerwähnte Resolutivbedingung ihre Kraft und war der von selbst sich vollziehende Rückfall aller Befugnisse an den Machtgeber oder dessen Erben die nothwendige Folge.[5])[6]) Dies wird bestätigt durch den zweiten Theil des in den liber Papiensis — Karol. 105 (106) — aufgenommenen Reichskapitulars Karls des Gr. von 803,[7]) wo davon die Rede ist, dass jemand vor seiner Ausfahrt in den Feldzug seine Güter einem Salmann übertragen hat, damit dieser sie, wenn ihn draussen der Tod ereile, in bestimmter Weise vertheile.[8]) Ist hier der gesetzte Fall eingetreten, der Geber im Felde gestorben, aber auch der Salmann schon vorher oder nachher vor Erfüllung seiner Aufgabe aus dem Leben geschieden,

---

[3]) oben § 13 Anf.

[4]) § 13, insbes. S. 105.

[5]) Pertile, storia del diritto ital. IV p. 36 nimmt Vererblichkeit der dinglichen Rechte des Treuhänders an und beruft sich auf die — übrigens zahlreichen — Urkunden, in denen der Treuhänder bei Weiterbegebung des Objekts dem Destinatär verspricht, dass dieser weder von ihm noch von seinem Erben jemals irgendwelche Anfechtung erfahren werde. Die Erwähnung der Erben bezieht sich auf den Fall, dass diese unter der Behauptung, ihr Erblasser habe unbeschränktes, freies, nicht aber Treuhand-Eigenthum gehabt, den Traditionsakt als ihren Erbenwartrechten zuwiderlaufend bekämpfen möchten!

[6]) Beseler, Erbvertr. I S. 268 ff., 283 u. Stobbe, Ztschr. f. R. G. 7 S. 427 nehmen für die Salmannschaft in deutschen Landen Vererblichkeit an (auch für die von Todeswegen begründete?). Vgl. aber bei Beseler S. 269 das Erfurter Statut von 1306.

[7]) = Boretius, Kapitularien I S. 113 f. = l. 5 Lombardae II, 18.

[8]) oben S. 107, auch N. 1 daselbst.

so haben des letzteren Erben die anvertrauten Objekte nicht etwa bestimmungsgemäss zu distribuiren, sondern den Erben des Gebers auszuantworten.[9]) Freilich trifft ein anderes, von Pippin um 790 für Italien erlassenes Kapitular — lib. Pap. Pipp. 31 (33)[10]) — für einen Spezialfall eine abweichende Entscheidung: Stirbt ein Dispensator (im eigentlichen Sinne)[11]) nach dem Geber, aber vor Erledigung seiner Funktion, so sollen der königliche Missus und der zuständige Bischof zusammen die Dispensation pro pauperibus et sacerdotibus in die Hand nehmen und binnen 30 Tagen zu Ende bringen.[12]) Auch hier also keine Vererbung auf des Treuhänders Seite, aber — und darin liegt die Abweichung — kein Rückfall an des Gebers Erben, sondern Eingreifen eines ganz neuen Elements, nämlich der behördlichen Verwaltungsthätigkeit, und zwar zu dem Ende, dass die für fromme Zwecke einmal ausgesetzten Güter diesen Zwecken erhalten bleiben — eine Loslösung des Zweckes von der Person.

War hiernach das Treuhänderrecht an sich nicht vererblich,[13])

---

[9]) „Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in boste profectns fuerit, et ille cui res traditae sunt, interim mortuus fuerit, qui res suas tradiderit, cum reversus fuerit, . . . res suas recipiat. Si autem ipse mortuus fuerit, heredes eius legitimi ipsam rem traditam recipiant". Dazu Ariprand: „Si ibi (= in boste) mortuus est (sc. donator), heres eius recipiat, si procurator priusquam traderet mortuus fuerit". Albertus ersetzt den letzten Nebensatz durch die Worte: „si premortuus fuerit procurator" und fährt fort: „Et boc quidem obtinet in hoste et ubique". (Anschütz, Lombarda-Kommentare S. 110, 111.)

[10]) = Boretius I S. 201 Ziff. 8 = l. 6 Lomb. t. c.

[11]) oben § 7 Ziff. 1.

[12]) „Si cui res in elemosiua datae sunt, et ipse mortuus fuerit antequam eas dispenset, tunc missus dominicus una cum episcopo parochiae ipsius consideret, qualiter in domni regis mercede (!) ipsa elemosina fiat facta, et infra 30 noctes adimpleta esse debeat." Vgl. unten § 20 N. 18. — Ein modernes Seitenstück hierzu in den §§ 514, 515 Theil I Titel 12 des Preussiscben Allgem Landrechts, wonach die Verwaltungsbehörden befugt sind, auf Erfüllung von letztwilligen dem allgemeinen Besten gewidmeten Anordnungen zu dringen.

[13]) Demgegenüber kommt kein Gewicht zu dem Kapitular Ludwigs des Frommen von 818/819 (lib. Pap. Lud. Pii 11 [14]), nach dessen italienischer Fassung dem Erben des Salmanns die Pflicht obliegen soll, die aufgetragene Tradition, wenn sie vom Salmann nicbt vollzogen worden, nach dessen Tode seinerseits zu vollziehen. Das Kapitular passt nicht zum langobardischen Recbt, ist nur nothdürftig für Italien zugestutzt; darüber oben S. 41 ff.

so konnte es doch durch die lex donationis **ausdrücklich** auf die Erben erstreckt werden. Es ist begreiflich, dass dies nur in seltenen Fällen geschah, so nach Ml. IV$^2$ 38 (867) und 128 (1158) in Betreff der vollen Rechtsmacht, nach Troya 976 (773), Ml. V$^2$ 277 (799) und C. C. 71 (872) blos in Betreff des aus der Strafklausel sich ergebenden eventuellen Anspruchs auf Busse.[14]) Der Regel nach griffen die letztwillig Verfügenden zu anderen Mitteln, um den Bestand des Treuhänderrechts zu sichern, zu Mitteln, die eine bessere Garantie dafür boten, dass auch die Ersatzmänner geeignete Personen waren. Man verknüpfte die Dispensatorstellung gern mit einem bestimmten höheren geistlichen Amt, z. B. dem Amt eines Bischofs, Pfarrers oder Klosterabtes, indem man in der Urkunde entweder von vornherein ohne jede Nennung eines Namens den jeweiligen Amtsinhaber, „qui in tempore esset", berief[15]) oder den dermaligen, mit Namen bezeichneten Amtsinhaber betraute und den sich von selbst vollziehenden Uebergang auf die Amtsnachfolger („posteri, successores") verordnete.[16]) Man schlug also dasselbe Verfahren ein, welches man heute zumeist bei Gründnng einer unselbständigen (fiduciarischen) Stiftung durch Anlehnung derselben an ein Amt, eine Körperschaft oder eine selbständige Stiftung befolgt.[17]) Noch öfter — manchmal kumulirte man sogar beide Mittel — wurde es dem bestellten Vertrauensmann überlassen, nöthigenfalls von sich aus für einen passenden Substituten zu sorgen. Man machte das Treuhänderrecht **übertragbar**. Dafür boten die im ganzen Bereich des Urkundenwesens üblichen, das verbriefte Recht mit der Innehabung des Papiers verknüpfenden Klauseln[18]) eine treffliche Handhabe. Im 8. und 9. Jahrhundert

---

[14]) Oben § 16.

[15]) Troya 736 (759), 897 (768); H. P. M. XIII 51 (774), 233 (864; hier werden subsidiär für den Fall, dass die in erster Linie Erkorenen sämmtlich gestorben sind, die Inhaber bestimmter Aemter berufen).

[16]) Troya 908 (769); Brunetti, Cod. dipl. Tosc. II$^1$ nr. 11 (779); Ml. V$^2$ 152 (774), 240 (793), 277 (799).

[17]) Vgl. **Kohler** im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 3 S. 269.

[18]) Ueber diese schon oben S. 32, 59, 117 f. Auch hier war von den vier **Brunner**'schen Haupttypen die Stellvertretungsklausel ungeeignet; denn sie gestattete nicht die **Uebertragung** des Rechts. Sie findet sich denn auch in keiner der hierher gehörigen Urkunden.

überwog die Exaktionsklausel, welche nur eine einmalige Begebung des Papiers und damit nur eine einmalige Uebertragung[19]) des Rechtes zuliess. Sie erhielt in den Urkunden über Bestellung eines Treuhänders mehrfach eine weitläufigere, der Lage des Falles angepasste Fassung, so in Ml. V² 277 (799):

„et illis hominis cui vos hanc cartula dederitis ad exigendum et res meam pro remedio animae meae dispensandum.“[20])

Im 10. und 11. Jahrhundert herrschte die Inhaberklausel vor, welche den Lauf des Papiers und damit des verbrieften Rechts durch eine unbegrenzte Zahl von Händen möglich machte und die Geltendmachung des Rechts durch den Papierinhaber, anders als die Exaktionsklausel, von dem Beweise des Erwerbsaktes ganz unabhängig stellte. Sie wurde besonders oft im Fürstenthum Salerno[21]) bei Verfügungen zu getreuer Hand, und zwar in ihren beiden Formen als alternative und als reine Inhaberklausel, verwendet, während die luccheser Urkunden sie nur vereinzelt, und zwar allein in der ersteren Form, freilich in dieser schon im 8. und 9. Jahrhundert,[22]) als Mittel für die Fortpflanzung der Treuhänderkompetenz gebrauchten. Die alternative Inhaberklausel[23]) erschien dabei wohl auch ein-

[19]) Dass die Exaktionsklausel nicht blos einer Bevollmächtigung zur Geltendmachung des Rechts, sondern auch einer Uebertragung des Rechts als Unterlage dienen konnte, darüber Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 118, 517 (Forsch. S. 572, 597). Ganz unrichtig Salvioli, i titoli al portatore S. 65, 66, 87.

[20]) Aehnlich Ml. V² 240 (793), 405 (816), 532 (836). — Die kurze Fassung findet sich bei Verfügung zu getreuer Hand z. B. in den Urkunden Troya 884 (768), 976 (773); Ml. IV¹ 107 (789), V² 393 (815), 645 (847); C. C. 96 (882).

[21]) Von nr. 218 an enthalten die hierher gehörigen Urkunden des Codex Cavensis fast ausnahmslos die Klausel.

[22]) Vgl. oben § 15 N. 8.

[23]) Ich habe diese Klausel neben dem Namen des Treuhänders in folgenden Urkunden gefunden: Ml. IV¹ 80 (774), IV² app. 46 (850); C. C. 218 (962), 235 (966), 797 (1028), 1094 (1047), 1189 (1053), 1377 (1064). Ein Beispiel für später wirklich stattgehabte Begebung des Papiers und damit des Treuhänderrechts bietet C. C. 235; darüber Brunner a. a. O. S. 124 (F. S. 577 f.), mit dem ich allerdings in der Auslegung nicht ganz übereinstimme. Der in der carta iudicati in erster Linie bestellte und mit Namen bezeichnete Treuhänder Majo erhielt m. E. in der That die carta



mal — ähnlich wie die Exaktionsklausel — in einem speziell auf die Befugnisse des Treuhänders zugeschnittenen Gewande; in Ml. IV[2] app. 46 (850) heisst es:

„vel de illum homine, qui hunc meum judicatum pre manibus abuerit ad exindum (= exigendum) et dispensandum".

Die reine Inhaberklausel[24]) wurde namentlich dann gebraucht, wenn man zwar alsbald seinen letzten Willen der Schrift anvertrauen, aber die Auswahl des Treuhänders sich noch vorbehalten wollte. Es war das möglich bei einseitigen Verfügungen, die unter der l. 6 Liutpr. standen,[25]) oder bei zweiseitigen Dispositionen oder Abmachungen, in welchen ein Anderer, als der Treuhänder, Gegenpart und Empfänger der Urkunde war, während ein zweites Exemplar zur künftigen Begebung an den Treuhänder vom Erblasser in Verwahrung genommen wurde.[26]) In diesen Fällen bestimmte dann erst die Begebung des Papiers, aber — und darin lag der Vorzug — schon diese allein ohne jede weitere Formalität, die Person des Vertrauensmannes.

---

aus der Hand des letztwillig verfügenden Dauferius; der Verfügungsakt spielte sich als zweiseitiger zwischen Dauferius und Majo ab (oben S. 120 f.). Majo mag nun nach des Dauferius Tode, mit jener carta in der Hand, die ihm zunächst aufgetragenen Distributionen, zu denen er allein berufen war (ohne Inhaberklausel), ausgeführt haben. Ehe er aber zu der erst nach dem Tode der Radelgrima, der Mutter (nicht der Ehefrau!) des Dauferius, vorzunehmenden Distribution der Gesammtfahrnis gelangte, machte er von der Inhaberklausel Gebrauch, welche der Erblasser gerade nur für diese in fernerer Zukunft liegende Distribution eingeschaltet hatte, und gab die carta iudicati der Radelgrima, damit diese selbst — was sie dann auch that — durch ihre Begebung einen Treuhänder für die Fahrnis letztwillig beriefe (oben S. 59). Ich kann daher auch nicht die Schlussfolgerung Brunner's a. a. O. S. 134, 517 (F. S. 586, 598) billigen, dass bei der alternativen Inhaberklausel ein Auslaufen des Papiers aus der Hand des namentlich Genannten nicht nöthig gewesen sei.

[24]) Sie findet sich im Dienste der letztwilligen Treuhand in C. C. 218 (962), 257 (968), 514 (997), 602 (961, inserirt), 675 (1014). Diese Urkunden sind von Brunner a. a. O. S. 505 ff. (Forsch. S. 586 ff.) behandelt und bilden die Mehrheit der von ihm überhaupt für die reine Inhaberklausel gefundenen Beispiele.

[25]) C. C. 257 u. 602; vgl. oben S. 26.

[26]) C. C. 514.

Die besprochenen Klauseln beziehen sich übrigens nicht immer auf alle in der Urkunde dem Treuhänder zugeschriebenen Befugnisse. Zuweilen bilden sie nur einen Bestandtheil der Strafklausel (oben § 16), sodass allein dem eventuellen Anspruch gegen die widerspenstigen Erben auf Busszahlung die Uebertragbarkeit gesichert war.[27]) Der Grund für diese Bevorzugung des Bussanspruchs mag darin gelegen haben, dass man bei ihm auf eine längere praktische Bedeutsamkeit rechnen musste, als bei den anderen Befugnissen; denn auch der Fall, dass die Erben später noch in die bereits lange nach dem Willen des Erblassers geordneten Verhältnisse eingriffen, gab Anlass zur Bethätigung jenes Anspruchs.

Wo die Uebertragbarkeit gegeben war, konnte der Treuhänder zu jeder Zeit davon Gebrauch machen und durch die Uebertragung der Erfüllung seiner Aufgabe sich entziehen, wenn man so sagen will, sein Amt niederlegen, wenn auch der Machtgeber bei der Bestellung natürlich erwartete, dass solches nicht ohne Noth geschehen würde. Wo dagegen die Uebertragbarkeit nicht ausdrücklich im letzten Willen festgelegt war, da konnte der Treuhänder sich nicht der Last in legaler Weise entledigen. Er konnte nur durch Misbrauch — bestimmungswidrige Verwendung — oder durch Nichteinhaltung der zur Seltenheit[28]) ihm vom Geber gesetzten Frist seine Kompetenz verwirken. Andernfalls trat regelmässig erst mit dem Tode die Befreiung ein. —

Noch ein weiteres Mittel stand zu Gebote, um den „casus humanae fragilitatis" in Bezug auf den Treuhänder ein Gegengewicht zu geben: die Bestellung mehrerer Treuhänder. Es war das am häufigsten angewandte Mittel, das uns überhaupt wohl in der Mehrzahl aller einschlägigen Urkunden begegnet. Es wurden sehr oft 2 oder 3, nicht selten 4, 5, sogar 6[29]) namentlich bezeichnete Personen zusammen berufen. Dies empfahl sich ausser im Ersatzinteresse noch besonders um des-

[27]) Beispiele bei Exaktionsklausel: Troya 884, Ml. $V^2$ 532, bei alternativer Inhaberklausel: C. C. 1094, 1189, bei reiner Inhaberklausel: C. C. 675. Vgl. auch C. C. 235 u. dazu oben N. 23.

[28]) H. P. M. XIII 215 (861): ein Jahr.

[29]) Vgl. z. B. Ml. $V^2$ 532 (836).

willen, weil dadurch gleichzeitig eine gegenseitige Kontrolle der Mehreren bei Ausübung der verliehenen Befugnisse angebahnt war. Ja es konnte daraus vermittelst einer besonderen Anordnung des Gebers ein Ansporn entstehen zu rascher Erledigung der zu getreuer Hand übernommenen Aufgabe, eine Aushülfe für den dem langobardischen Recht (vgl. unten § 18) eigenen Mangel an entsprechenden Zwangsmitteln.

Waren mehrere Treuhänder bestellt, so hatten sie eine kollektive Rechtsmacht zu gesammter Hand.[30]) Von einer ideellen Theilung im Sinne der römischen communio konnte keine Rede sein; denn dabei wären gerade jene vom Geber beabsichtigten Zwecke unerfüllt geblieben. Aber auch innerhalb der Gemeinschaft zu gesammter Hand gab es für die einzelnen Treuhänder keine Antheilsrechte irgend welcher Art;[31]) denn neben dem Gemeinschaftszweck waren Sonderinteressen, welche Schutz verdient hätten, garnicht vorhanden. Die Ausführung der vom Geber gestellten Aufgabe, namentlich die Weiterveräusserung des anvertrauten Gutes, verlangte grundsätzlich, wenn nichts Anderes festgesetzt war, nach innen Willenseinigung, nach aussen gemeinsames Handeln aller Mittreuhänder. Dies[32]) erhellt mit Sicherheit aus dem Umstande,

[30]) Krückmann im Arch. f. bürg. R. Bd. 8 S. 97 ff., 119 ff. nimmt für die Mitglieder des modernen Sammelkomitees (z. B. Wohlthätigkeitskomitees), das in den Rechtsbeziehungen zum gesammelten Vermögen mit dem Institut der Dispensatoren starke Aehnlichkeit zeigt und wohl auch mit ihm in historischem Zusammenhang steht (oben § 7 N. 8), bedingtes römisches Miteigenthum mit ideellen Antheilen an, gesteht aber Modifikationen zu (der Einzelne kann über keinen Vermögensbestandtheil selbständig verfügen — die durch Wegfall eines Mitgliedes ausfallende Quote wächst den übrigen Quoten an), welche auf eine Gebundenheit im Sinne der Gesammthand hinweisen. Gierke, Deutsches Privatrecht I § 80 N. 43 (S. 672) erklärt sich für eine Eigenthumsgemeinschaft zu gesammter Hand, deren Träger aber nicht die Sammler, sondern sämmtliche Beitragspender seien; das Komitee sei als engere Personengemeinschaft Geschäftsführerin einer umfassenden Personengemeinschaft, der jeder Beitragende beitrete.

[31]) Dass solche mit der Gemeinschaft zu gesammter Hand an sich nicht unvereinbar, darüber vgl. Heusler I S 238 ff. u. Gierke a. a. O. § 80 V 3 (S. 676 ff.).

[32]) Es ist die überhaupt bei den Gemeinschaften zu gesammter Hand im Zweifel eintretende Regelung: Gierke a. a. O. N. 105 u. 122 (S. 684 u. 687 f.), vgl. auch N. 126.

dass da, wo über diese Frage besondere Vorschriften vom letztwillig Verfügenden erlassen sind, sie regelmässig das Gegentheil — die Dispositionsgewalt der Einzelnen — bestimmen und dann auch stets von dem allein handelnden Treuhänder ausdrücklich angezogen werden. Wo dagegen von einer solchen Anordnung nichts verlautet und trotzdem nur ein Einziger von den Mehreren handelnd auftritt, wird dies durch den Hinweis auf den Tod des oder der Genossen begründet. So berichtet in Ml. IV² app. 11 (812) der Priester Rachiprand, dass der verstorbene Priester Lamprand ihm sowie dem Kleriker Willeramus und einem gewissen Ghisiprand bestimmte Güter auf den Todesfall zur Dispensation pro anima zugeschrieben habe. „Defunctis vero — so heisst es weiter — ipso Willeramo clerico et Ghisiprando, ego . . . ., qui ipsum decretum pre manibus abeo, secundum ejus bonum dispositum per hanc cartulam . . . offero Deo et tibi Ecclesie Beati Sancti Juliani . . . .".[33]) Wir sehen daraus zugleich, dass auch ohne entsprechende Satzung des Gebers beim Wegfall eines Treuhänders Rechtsmacht und Ausübung unverändert bei den übrigen verbleiben.[34]) Es kommt darin die Anwachsungs-Tendenz der Gesammthand zum Durchbruch,[35]) und es findet gerade darin die Absicht des Gebers, eine vorzeitige Beendigung der Treuhandkompetenz abzuschneiden, ihre Erfüllung. Wenn aber diese Folge gelegentlich doch noch vom Geber besonders ausgesprochen wird,

— Ml. V² 405 (816): „Et si forsitans quiscunque de vos (von den beiden zu Dispensatoren Berufenen) antea mortuus fuerit, quam ipsis casis et rebus pro anima mea dispensata fiant . . ., ille quis ex vos supervixerit,

---

[33]) Selbst in Ml. V² 285 (800), wo zunächst mitgetheilt ist, dass 2 Dispensatoren bestellt sind mit Legitimation für denjenigen von ihnen beiden, welcher die carta iudicati in seiner Hand hat, fährt der hier allein handelnde erste Dispensator fort: „et dum ipse Deusdedi(t) presbit. (d. i. der zweite Treuhänder) mortuus fuisse, ipsum judicatum in integrum in mea devenit potestatem".

[34]) Dies wird auch in H. P. M. XIII 233 (864) unterstellt, wo nur für den Fall „si nec unus ex ipsis meis herogatariis non fuerit" ein Ersatzmann bestellt wird.

[35]) Darüber Heusler I S. 242 ff., Gierke a. a. O. V 6 (S. 690 f.), besonders N. 135



eas in sua abea(t) potestate avendi et . . . pro anima mea remedium dispensari" —

so ist das gewiss ein schlagender Beweis für die im Zweifel gegebene Nothwendigkeit des gemeinsamen Handelns aller Treuhandgenossen.[36])

Aber diese Nothwendigkeit griff nur im Zweifel Platz. In vielen Fällen erleichterte der Geber die Ansübnng der Treuhandbefugnisse dadurch, dass er, auch hier ohne Unterscheidung des inneren und des äusseren Verhältnisses, die Befugnis zum Handeln jedem einzelnen Treuhänder[37]) verlieh. Der Einzelne hatte dann die Dispositionsgewalt, aber fast ausnahmslos nicht ohne Weiteres, sondern unter der Voraussetzung, dass er die den letzten Willen enthaltende carta judicati in der Hand hatte. Der Passus über die Legitimation der Treuhänder nahm die Inhaberklausel auf, eine Inhaberklausel von besonderer Art, insofern sie nicht jeden beliebigen Inhaber ermächtigte, sondern nur jeden Inhaber, der einem bestimmten engen Kreis namentlich aufgeführter Personen angehörte.[38]) In Ml. IV² 21 (830)

[36]) Freilich findet sich in den Urkunden vereinzelt der Fall, dass einer von den mehreren Treuhändern nicht mithandelt und doch kein Grund für sein Ausbleiben angegeben ist, so in dem Breve receptorium, das die im Jahre 836 von Hungeer bestellten Treuhänder im Jahre 839 ausstellen. Man muss annehmen, dass der fehlende Vierte inzwischen verstorben ist: H. P. M. XIII 133 verglichen mit 127. Wenn später — ibid. nr. 137 (840) — von ebendenselben Treuhändern nur ein einziger zu Gunsten des Klosters, welchem jenes breve receptorium Güter aus dem Nachlass des Hungeer verschafft hat, ein Refutations- und Bussgelöbnis entgegennimmt, so findet das seine Erklärung einmal darin, dass es sich nicht um eine Verfügung, sondern um den Erwerb eines Rechts, und zweitens darin, dass es sich auch nicht um den Erwerb eines Rechts für die Treuhänder, sondern um einen Vertrag in favorem tertii handelt

[37]) Darüber, dass dies mit der Gesammthandsgemeinschaft verträglich, Gierke a. a. O. N. 115 u. 125. — Ausnahmsweise wird auch einmal, solange noch mehrere vorhanden, ein Handeln der Majorität als Mindestmass vorgeschrieben, so in Ml. IV² 128 (1158): „Et quicquid omnis (= omnes) vel major pars illorum aut quicumque de eis supervixerit . . . exinde fecerint, firmum et stabile permanead semper".

[38]) Auch die unbeschränkte (alternative oder reine) Inhaberklausel kommt vor, wo mehrere Treuhänder bestellt sind. D nn kann kraft der blossen Innehabung des Papiers nicht blos ein Fremder (vgl. oben S. 137 f.), sondern auch Einer unter den Treuhändern selbst für sich allein die Legitimation haben. Dies erklärt z. B., dass nach C. C. 797 (1028) in dem

begründet z. B. einer von 5 Treuhändern sein alleiniges Auftreten mit dem Vortrag:

> „per suum judicatum (sc. donator) decrevit . . ., ut post ejus decesso quis ex nobis dispensatoribus ejus tum toti insimul quam et duo aut unum ex nobis, qni primus post ovitum ejus paratus fuisset, et **judicato ipso pre manibus abentes** potestatem aberemus.“

Oder in Ml. IV[1] 107 (789) bestimmt der letztwillig Verfügende:

> „Et taliter volo, ut quis de vobis dispensatoribus meis plus celeriter pro anima meam dispensare potuerit et hoc **decretum pre manibus abuerit**, licentiam abeat, et qualiter dispensaverit istavili ordinem permaneat.“[39])

Solche Inhaberklausel empfahl sich zunächst schon wegen der Unentbehrlichkeit der Urkunde für den disponirenden Treuhänder im Verhältnis zu seinem Gegenkontrahenten, z. B. demjenigen, welcher das ad venundandum et dispensandum überwiesene Gut kaufen wollte. (Oben § 12). Ferner war dadurch dem letztwillig Verfügenden und nachher der Gesammtheit der Treuhänder ein angemessener Einfluss auf die Besetzung der Vollzieherrolle eingeräumt. Denn von vornherein bei der Ernennung konnte einer der Ernannten durch Empfang der carta iudicati auf den ersten Platz gestellt werden; fiel er später fort, so hatten die in der Treuhändergemeinschaft Verbleibenden Gelegenheit, ihrerseits einen von den Ihrigen durch Aushändigung der Urkunde als Oberhaupt zu wählen, sodass dieser dann nach

---

Rechtsstreit um die carta iudicati nur die eine der beiden bestellten Treuhandspersonen, die Wittwe des Gebers, für die Urkunde einsteht. Vgl. ferner C. C. 675 (1014), 1189 (1053). Die **Exaktionsklausel** ermöglicht dagegen nur, dass alle Treuhänder **zusammen** ihre Berechtigung oder die Ausübung derselben einem Anderen (auch Einem unter ihnen selbst) unter Uebergabe der Urkunde übertragen; sie genügt nicht, um **unmittelbar**, ohne dass später eine solche Uebertragung stattfindet, jeden Einzelnen von den Treuhändern zum Handeln zu ermächtigen. Daher hat neben ihr der im Text beschriebene Passus seine selbständige Bedeutung, vgl. Ml. IV[1] 107 (789) u. V[2] 277 (799).

[39]) Aehnlich: Ml IV[2] 22 (834); IV[2] app. 32 (834), 98 (1114, schon citirt bei **Brunner**. Ztschr. für Handelsr. 22 S. 110[2] [Forsch. S. 564[1]]); V[2] 239 (793), 253 (796), 277 (799), 285 (800), 377 (811), 532 (836), 627 (845), 667 (849), 689 (852), 1259 (939).

Belieben allein handeln oder die Anderen zur Mitwirkung heranziehen konnte. Freilich wenn der Geber, wie in den beiden oben citirten Urkunden und in manchen anderen,[40]) dem zuerst zur Ausführung Bereiten den Vorzugsplatz zuwies, so durfte dieser von jedem nicht in gleichem Masse bereiten Genossen, der die Urkunde hatte, ihre Herausgabe verlangen. Gerade eine derartige Festsetzung war im Stande, die oben angedeutete Wirkung hervorzubringen, nämlich unter den Treuhändern den Wetteifer in rascher Vollziehung des letzten Willens anzuregen, dem jeweilig Fleissigsten ein Uebergewicht über die Anderen zu verschaffen.

---

**Zweite Abtheilung.**

# Die Rechtspflicht des Treuhänders.

## § 18.

Mit schöpferischer Kraft hatte die langobardische Rechtsbildung die eine — wichtigere und nächstliegende — Seite des Treuhandverhältnisses, die Rechtsmacht des Treuhänders, allmählich zu einem harmonischen, bis in die Einzelheiten fein ausgeführten und zweckentsprechenden Bau ausgestaltet. Einheimisches Material hatte die Bausteine geliefert; es war von den verschiedensten Lagerstätten hergeholt worden. Dabei war man haushälterisch damit umgegangen. Der Treuhänder hatte nicht mehr Rechtsmacht erhalten, als er für die ihm vorgeschriebenen Zwecke bedurfte; jenseits dieser fand er keinen Raum für sich bereitet. Durch solche Umgrenzung seiner Befugnisse hatte man die schädlichen Wirkungen eines etwaigen

---

[40]) Aehnlich die von Beseler, Erbvert. I S 283 citirte Fuldaer Urkunde in Schannat, corpus traditionum Fuldensium nr. 636 (circa 1145): „et si quis eorum trium prior de morte illius certus efficeretur, statim et aliis nescientibus delegaret (bezieht sich auf die vom Geber vorgeschriebene Tradition), et alii hoc factum pro rato ducerent“.

thatsächlichen Misbrauchs nach Möglichkeit abgeschwächt. Wie aber stand es, wenn er in gänzlicher Unthätigkeit verharrte? Wie war es im langobardischen Recht mit dem Rechtszwang bestellt zum vorschriftsmässigen Gebrauch seiner Befugnisse, zur Erfüllung der Zwecke, um deren willen allein sie erlangt waren? Traf den Treuhänder eine schuldrechtliche Verbindlichkeit?

Eine solche wird für den deutschen Salmann von der Mehrzahl der Schriftsteller[1]) behauptet. In der That sind auch hierfür Urkunden beigebracht, die von einem „fide promittere“ und dementsprechend von einem „fidem suam absolvere“, von einer „sponsio“ des Salmanns handeln oder gar von einem eidlichen Versprechen, den Auftrag zu vollziehen. Heusler gründet darauf die Annahme, es sei dem die Treuhand begründenden Vertrage ein obligationenrechtliches Element, das in die streng verpflichtende Form der *fides facta* gekleidete Versprechen des Salmanns, wesentlich gewesen,[2]) und daher habe der Salmann „fidelis manus“ geheissen. Und Stobbe wie Bewer betrachten es als unzweifelhaft, dass der (namentlich) Bedachte nach dem Tode des Vergabenden eine Klage auf Vollziehung der letztwilligen Disposition gehabt habe.[3]) Ich habe für den langobardischen letztwilligen Treuhänder vergeblich nach einer Bestätigung gesucht. Die Urkunden zeigen davon keine Spur. In den sehr zahlreichen cartae, durch welche die Treuhänder bestimmungsgemäss die ihnen anvertrauten Gegenstände weiterbegeben, weisen sie immer nur hin auf den ihr Recht zur Tradition begründenden Vergabungsakt des Machtgebers, niemals auf eine ihrerseits übernommene Verpflichtung. Sie handeln nicht: „iuxta sponsionem suam“, sondern: „sicuti ab eo

---

[1]) Beseler, Erbvertr. I S. 266 f., 281 ff.; Merkel, Ztschr. für Rechtsgesch. 2 S. 147; Stobbe, ebenda 7 S. 426; Bewer, Sala Traditio Vestitura S. 77 N. 8; Heusler, Instit. I S. 221.

[2]) Dagegen in Bezug auf die Affatomie R. Schmidt, Affatomie der lex Salica S. 81 f.

[3]) Unter Berufung auf Meichelbeck, Historia Frisingensis Tom. I pars 2 nr 308 (814) und Dronke, Codex diplomaticus Fuldensis nr. 228 (806). Dazu die von Beseler a. a. O. S. 283 N. 11 citirte Urkunde von 1162 aus dem Chronicon Reicherspergense (Du Cange ad verb. „mediatores“).

(= a donatore) sancitum est",[4]) „secundum eius bonum dispositum",[5]) „eius dispositionem attendentes et iuxta ipsum scriptum" (damit ist die Urkunde über die Vergabung zu getreuer Hand gemeint),[6]) „secundum eius traditionem",[7]) „iuxta eius institutionem".[8]) In dem einzigen mir untergelaufenen Falle, in welchem die über die letztwillige Verfügung ausgestellte Urkunde den Treuhänder als solchen redend aufführt, lässt sie ihn nur sagen, dass er die den beiden Bedachten vom Schenker auferlegte Summe (vgl. oben § 15 N. 14) annehme, um sie pro anima zu distribuiren;[9]) dagegen verlautet nichts von einer dem Disponirenden gegenüber abgegebenen eigentlichen Verpflichtungserklärung.

Nehmen wir einmal an, der Treuhänder habe zur Erfüllung seiner Aufgabe kraft Privatrechts verbunden werden sollen; in welcher Weise hätte dies geschehen müssen? Nach germanischem, für das langobardische Recht mit Sicherheit zutreffendem Grundsatze[10]) begründete die blosse Willensübereinkunft, der Konsensualvertrag, noch keine Schuldverbindlichkeit. Es musste zu dem Leistungsversprechen ein weiteres Moment hinzutreten, das in einer Vorleistung des Gegenkontrahenten (Realkontrakt) oder in einer das Versprechen einkleidenden Förmlichkeit (Formalkontrakt) bestanden haben kann. Ob nun das Recht der fränkischen Zeit wirklich den Realkontrakt in diesem (römischen) Sinne gekannt hat, ist sehr zweifelhaft.[11]) Insbe-

---

[4]) R. F. 608 (1010).

[5]) Ml. IV² app. 11 (812), 17 (816), 32 (834), 47 (852); V² 238 (792), 239 (793), 253 (796), 377 (811), 414 (818), 1259 (939).

[6]) R. F. 298 (856).

[7]) Ml. IV² app. 30 (832); V² 529 (835).

[8]) Troya 736 (759).

[9]) C. C. 624 (1009): „inter quos ibidem aderad ipsum Ligori (der Treuhänder), qui dixit, ut ille recipere ipsi octo tari ab ipse sororis, ut illis (= illos, d. h. die Geldstücke) dare pro illius anima". Die sorores, und nicht der Treuhänder, sind hier die Empfänger der Vergabungsurkunde.

[10]) Zum Folgenden: Sohm, Recht der Eheschliessung (1875) S. 24 ff., 34 ff.; Stobbe, Ztschr. f. R. G. 13 S. 209 ff.; Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22 S. 548 ff. (Forsch. S. 626 ff.); Franken, Französ. Pfandrecht S. 43 f., 211 ff., 241 ff.; Heusler, Instit. II S. 228 ff., 246 f., 253 ff.; Nissl, Gerichtsstand des Clerus im fränk. Reich S. 189 ff.; Schroeder, Deutsche R. G. § 11[20] u. § 35[149] ff. (2. Aufl. S. 61, 289 f.).

[11]) Dagegen namentlich Nissl a. a. O. u. Schroeder S. 289. Heusler S. 247 nimmt nur einen Realkontrakt in solchem Sinne, das Gelddarlehn, an.

sondere dürfte die Annahme **Sohm's**, dass der germanische Kauf ein solcher Realkontrakt gewesen, nicht zu billigen sein. Der Kauf blieb vielmehr lange Baarkauf, Zug um Zug erfüllter Vertrag. Und als später auch der Kreditkauf aufkam, empfing das Preiszahlungsversprechen Bindungskraft erst aus der ihm selbst gegebenen Form (Wadiation), nicht schon aus der Vorleistung des Verkäufers. Der Kreditkauf war Formal-, nicht Realkontrakt.[12]) Das wird für das langobardische Recht durch Ed. Ratchis 8 bestätigt. Was beim Kauf galt, muss ebenso bei den übrigen Verträgen, bei denen einer gegenwärtigen Leistung der einen Seite eine künftige Gegenleistung der anderen Seite zu entsprechen hatte, gegolten haben. So wurden bei der langobardischen Libellarleihe (Pacht) zwei libelli ausgewechselt; es kam also auch das Zinszahlungsversprechen durch rechtsförmliche traditio cartae zu Stande.[13]) So wurde ferner bei der durch Uebergabe einer unbedingten carta venditionis vollzogenen Liegenschaftsverpfändung (oben S. 97) das obligatorische Versprechen künftiger Rücktradition durch den Pfandgläubiger mittelst Begebung einer contracarta erklärt. Folglich wird, wenn man etwa diesen Verträgen den zwischen dem Schenker und dem Treuhänder geschlossenen an die Seite setzt und hier in der Vergabung zu getreuer Hand die Vorleistung, in der künftigen Verwendung des Gutes die Gegenleistung erblickt, dadurch für die Annahme einer Schuldverbindlichkeit des Treuhänders doch nichts gewonnen. Ein **Realkontrakt** im obigen (römischen) Sinne lag nicht vor. In der Vorleistung des Schenkers konnte das auf die Gegenleistung gerichtete Versprechen des Treuhänders keine Deckung für seine Formlosigkeit finden. Also blieb nur der Weg des **Formalkontraktes**. Der Treuhänder musste, um schuldrechtlich gebunden zu sein, ein rechtsförmliches Versprechen abgeben, welches dann auch dem benannten Dritten ein unmittelbares Klagerecht auf die Leistung verschafft hätte.[14]) Als Formen standen die Wadiation, die als fides facta für den deutschen

---

[12]) So die in N. 11 Citirten, besonders **Heusler** S. 253 ff., 257.

[13]) Roth. 227 u. Cartular. Langob. forma 7: „Traditio libellorum". Vgl. **Schroeder** § 35 N. 150 a. E.

[14]) Vertrag zu Gunsten eines Dritten.

Salmann von Heusler in der That unterstellt wird, oder die Begebung einer carta zu Gebote. Aber so oft der Treuhänder in unseren Urkunden als Empfänger einer carta oder wadia auftritt, nirgends ist er mir bei dem Ernennungsakt in der Rolle eines Gebers von carta oder wadia begegnet. Ich möchte daher annehmen, dass man bei den Langobarden auf jegliche obligatorische Bindung des Treuhänders verzichtete und sich mit der blos negativ wirkenden dinglichen Beschränkung — Verwirkung des anvertrauten Gutes bei bestimmungswidriger Verwendung — zufrieden gab.

Vielleicht darf ein Beleg in den zusammengehörigen Urkunden R. F. 229 (817) und 239 (819) erblickt werden. Nach der ersteren verspricht in Spoleto Johannes dem Vogt des Klosters Farfa, das nächste Mal, wenn er nach Reate kommen werde, gewisse in finibus Reatinis belegene Güter seines verstorbenen Schwagers Leo im Interesse seines eigenen Seelenheils und desjenigen des Leo und seiner Gattin dem Kloster per cartam zu übertragen. Er verpflichtet sich unter Wadiation — Hingabe der wadia und Stellung eines Bürgen —, anderenfalls an das Kloster „auri solidos maucosos centum“ als Busse (Reugeld)[15]) zu zahlen. Mittelst der Urkunde nr. 239 führt er zwei Jahre später in Reate die versprochene traditio per cartam aus. Dass Johannes von Leo letztwillig zu getreuer Hand bewidmet worden war, kann, obwohl es nicht ausdrücklich gesagt ist, kaum zweifelhaft sein. Wahrscheinlich ging schon sein Auftrag dahin, die betreffenden Güter dem Kloster Farfa zu verschreiben. Daraus war aber gegenüber dem Kloster noch keine rechtliche Verpflichtung erwachsen. Diese begründete das Kloster selbst erst jetzt, nach dem Tode des Leo, indem es den Treuhänder Johannes zur Abgabe eines rechtsförmlichen, streng bindenden Versprechens in die Hand des Klostervogtes zu bestimmen wusste. Dabei erstreckte sich — für unsere Frage bezeichnend genug — die Bindungskraft des Versprechens nicht einmal auf die Ausführung der Tradition selbst, sondern nur auf eine Busszahlung für den Fall der Nichtausführung.[16])

[15]) Vgl. Brunner, Urk. S. 279 N. 1.

[16]) Brunner a. a. O. scheint anzunehmen, dass ein direkt auf Tradition einer Liegenschaft gerichtetes pactum de donando nach langobardischem Recht überhaupt nicht verbindlich gewesen sei Ist dies richtig, so werden

Es war hiernach der endliche Destinatär in ähnlicher Lage, wie der Bedachte beim altrömischen Fideikommiss, von dem die Quellen[17] sagen:

„Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur."

Nur mit dem Unterschiede, dass beim Fideikommiss das Hindernis, das einem Rechtsanspruch des Destinatärs entgegenstand, im objektiven Recht gegründet und mit den vorhandenen Mitteln der Rechtspflege nicht zu überwinden war,[18] während bei der langobardischen Treuhand von Todeswegen das objektive Recht mit seinen Grundsätzen über die Verträge zu Gunsten Dritter die Schaffung eines Klagerechtes[19] für den Bewidmeten dem Geber schon möglich gemacht hätte und nur thatsächlich diese Möglichkeit ungenutzt blieb. Freilich, sie bestand nur da, wo der Geber von vornherein eine bestimmte Person als Destinatär bezeichnen wollte, nicht in den Fällen, in denen erst später der Treuhänder als Dispensator im eigentlichen Sinne „qualiter secundum Deum melius praeviderit" die Nehmer der Gabe zu bestimmen hatte. Nun bildeten gerade die letzteren Fälle die überwiegende Mehrzahl; die Vergabung ad dispensandum pro pauperibus et sacerdotibus war eine besonders beliebte Art der Seelgift. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass dieser Umstand zur Vernachlässigung der Pflicht-Seite des Treuhandverhältnisses im langobardischen Recht beigetragen hat. Eine obligatorische Pflicht zur Erfüllung der übernommenen Aufgabe gegenüber den gesetzlichen Erben des Gebers zu begründen, lag ja im

---

unsere obigen Ausführungen noch durch ein weiteres Moment bestätigt. Dann hätte der ein Grundstück zu getreuer Hand Vergabende den Treuhänder auf keinen Fall anders, als dadurch, dass er ihn ein rechtsförmliches Bussgelöbnis ablegen liess, binden können. Von einer vom Treuhänder zu zahlenden Busse ist aber niemals die Rede. Eine Strafdrohung des Schenkers gegen den Treuhänder (im Sinne der oben § 16 besprochenen Strafklauseln), die vielleicht auch in Frage kommen könnte, findet sich nirgends.

[17]) § 1 Inst. de fideicommiss. hereditat. 2, 23. Ueber das altrömische Fideikommiss vergl. z. B. Sohm, Institutionen § 102 II; Fr. X. Bruckner, Zur Geschichte des Fideikommisses, München 1893, S. 1—11.

[18]) Bruckner S. 10 f.

[19]) Mindestens auf Busse. Vgl. oben N. 16.

Hinblick auf die entgegengesetzte Richtung ihres Interesses gar kein Anlass vor.[20])

Dazu trat noch ein Weiteres. Man wählte zn Treuhändern mit Vorliebe Kleriker. Boten diese einerseits durch ihren Stand erhebliche Garantieen, so mochte man sie andererseits bei der ehrfürchtigen Scheu, die man vor der Kirche und ihren Dienern hatte, nicht gern einer den Vorwurf des Treubruchs enthaltenden gerichtlichen Klage aussetzen.[21]) Man wusste, dass für sie die Erfüllung der übernommenen Aufgabe, namentlich wenn es sich um Verfügungen zu frommen Zwecken handelte, Berufspflicht war, und durfte auf die beaufsichtigende Fürsorge der geistlichen Oberen rechnen. Selbst die weltliche Verwaltungsbehörde, den Missus dominicus, hatte ja das weltliche Recht (wenigstens unter den Karolingern) zur Thätigkeit im Interesse jener gemeinnützigen Verfügungen herangezogen; Missus und Bischof sollten nach dem oben § 17 (S. 135) erwähnten Kapitular Pippins aus der Zeit um 790 für den vor vollendeter Dispensation gestorbenen Treuhänder eintreten und ihrerseits dispensiren. Es lässt sich annehmen, dass der Bischof auch gegen Säumnis oder Untreue des Treuhänders vorging, zum Mindesten dann, wenn der letztere ein Kleriker und die auszuführende Verfügung eine Seelgift war.

Ob und wie dies geschah und inwieweit sich darüber Rechtssätze herausbildeten, bedarf einer näheren Untersuchung. Denn das ist ein für die Entwicklungsgeschichte unseres Instituts wichtiger Punkt. Er liegt aber in einem anderen, als dem bisher durchsuchten Gebiete, führt uns vom langobardischen Recht zum kanonischen Recht und durch dieses hindurch zum romanisirten Recht Italiens.

---

[20]) worauf Beseler, Erbv. I S. 282 a. E. mit Recht hingewiesen hat.

[21]) wenn auch für diese Klage als eine Klage „de persona" seit dem Capitulare Mantuanum v. 787 (= lib. Pap. Karol. 98 [99]) der Gerichtsstand vor dem Bischofsgericht begründet gewesen wäre. Vgl. Nissl, Der Gerichtsstand des Clerus im fränkischen Reich S. 205 ff. u. Schröder, Lehrbuch d. d. R. G. § 25 [109] 2. Aufl. S. 182. Immerhin war das Bischofsgericht öffentliches, die Stelle des Volksgerichts vertretendes Gericht. Nissl S. 226 ff.

## Zweiter Theil.

# Das kanonische und das romanisirte Recht Italiens bis zum Ende des 13. Jahrhunderts (Durantis).

---

## Erster Abschnitt.
## Das kanonische Recht.

### § 19.
### Letzter Wille und letztwillige Treuhand im Verhältnis zur Kirche und ihren Organen.

Die Kirche hatte, wie wir im ersten Theil gesehen haben, auf die Entstehung und Ausgestaltung der letztwilligen Treuhand im weltlichen, langobardischen Recht einen bestimmenden Einfluss ausgeübt. Es bot sich ihr aber auch — was bereits am Ende des vorigen Paragraphen berührt ist — Gelegenheit, ihrem Schützling unmittelbar helfend zur Seite zu stehen. Zunächst nämlich während der langobardischen Rechtsperiode (bis zum 12. Jahrhundert), nicht durch Rechtschaffung und Rechtsprechung,[1]) sondern nur durch Eingreifen im Verwaltungs-

---

[1]) Vor dem 12. Jahrhundert wurden in Italien Civilsachen, bei welchen der Beklagte oder auch beide Parteien geistlichen Standes waren, vorwiegend vor den weltlichen Gerichten zur Entscheidung gebracht: Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens III S. 283. Vgl. auch v. Bethmann-Hollweg, Civilpr. d. gem. R. in geschichtl. Entwickl. V S. 395 f.

und **Disciplinarwege**. Wenn ein Kleriker Treuhänder war, so konnte er zur Ausführung der übernommenen Aufgabe von seinem geistlichen Oberen, geeignetenfalls durch kirchliche Censuren, angehalten werden. Während er mit seiner Rechtsmacht, den Befugnissen über die anvertrauten Güter, den Rechten gegen Erben und Erbschaftsschuldner, unter dem weltlichen Gesetz stand, so wachte der kirchliche Arm darüber, dass er von dieser Rechtsmacht nun auch wirklich den gewünschten Gebrauch machte. Die Expositio zu Aist. 3 (12) sagt von dem Priester, den der Erblasser in Todesnähe durch einseitige Erklärung dazu bestimmt hat, nach seinem Tode seine Hörigen vor dem Altar freizulassen[2]): „Si presbiter, cui defunctus commisit, servum libertare noluerit, usu et institia debet **ab episcopo coerceri**". In den häufigen Fällen, wo der zum Treuhänder erkorene Kleriker vom Schenker ermächtigt war, pro pauperibus et sacerdotibus nach bestem Wissen und Gewissen zu dispensiren, war dem übergeordneten Bischof als dem obersten Leiter auch des Armenwesens der Diöcese die Möglichkeit weitgehender Beaufsichtigung und Beeinflussung der Dispensationsthätigkeit gegeben. Er konnte durch entsprechende Anweisungen die innerhalb seiner Diöcese auf solche Weise zur Verfügung gestellten Güter nach denjenigen Stellen hinlenken, die ihrer am meisten bedurften, er konnte dadurch Plan und Ordnung in die Dispensation hineinbringen.[3]) Manchmal mögen die Bischöfe sogar darüber hinausgegangen sein und selbst die etwaigen speziellen Anordnungen des Schenkers nicht als Schranken ihrer Leitungsbefugnis betrachtet haben. Denn nicht selten begegnen in den langobardischen Vergabungsurkunden ausdrückliche Verwahrungen des Schenkers gegen Uebergriffe des Bischofs.[4])

Die Einwirkung der Kirche auf das Institut der letztwilligen Treuhand verstärkte sich in bedeutendem Masse seit

---

[2]) Darüber oben S. 23 u. 38.

[3]) Vgl. hierzu **Lupo**, Codex diplomaticus civitatis et ecclesiae Bergomatis Sp. 542 f. sub nr. XXIII u. **Palumbo** a. a. O. S 389. Gerade darum war diese Art der Seelgift von der Kirche besonders gern gesehen. Vgl. oben § 7 Ziff. 1.

[4]) H. P M. XIII 233 (864); Chart I nr. 133 (969), II 3 (877). Vgl. unten N. 11.

dem 12. Jahrhundert, als mit dem Wachsthum der kirchlichen Macht die geistliche Gerichtsbarkeit und Gesetzgebung immer weitere Kreise von Personen und Gegenständen in ihren Bereich hineinzog. Denn hiervon wurden auch die Verfügungen auf den Todesfall betroffen, denen im liber Extra ein ganzer Titel: „de testamentis et ultimis voluntatibus 3, 26" gewidmet ist. In erster Linie die „testamenta ad pias causas", für welche schon Alexander III in einer zwischen 1168 und 1170 erlassenen Dekretale (cap. 11 X. h. t.)[5]) die ausschliessliche Geltung der „decretorum statuta" in Anspruch nahm,[6]) daneben aber auch die übrigen letztwilligen Verfügungen. So wurde im Gegensatz zu den römischen Testamentsformen allgemein[7]) eine erleichterte Form, Errichtung vor dem Pfarrer und zwei oder drei Zeugen, zugelassen und den Verfügungen zu frommen Zwecken, mindestens für den Fall der Errichtung in Todesnähe, vollständige Formfreiheit gewährt[8]) — Sätze, die stark an langobardisches Recht erinnern.[9]) So wurde ferner durch eine Dekretale von Innocenz III aus dem Jahre 1202 (cap. 13 h. t.) es für eine gültige, die Intestaterbfolge ausschliessende Anordnung erklärt, wenn jemand „extremam voluntatem in alterius dispositionem committit" — eine Bestimmung, die in Italien richtigerweise auf die Bestellung eines Dispensators für das ganze

---

[5]) Vgl. den vollständigen Wortlaut bei Schulte, über die Testamenta ad pias causas in Ztschr. für Civilrecht und Prozess, Neue Folge Bd. 8 S. 166.

[6]) Vgl. Schulte a. a. O. S. 170.

[7]) c. 10 X. h. t. Darüber Schulte S. 201 ff.

[8]) c. 4 X. h. t.: „quod moriens uxor . . concham argenteam nudis verbis iussit venundari, et suis dari libertis, et scutellam argenteam cuidam monasterio reliquisse". Nach Schulte S. 180 ff. ist Formfreiheit auch in cap. 11 eod. unterstellt.

[9]) Vgl. Lombarda-Kommentare zu II, 15 (Anschütz S. 105) und Liutpr. 6, dazu oben § 3. An das Liutprand'sche Gesetz gemahnt auch cap. 8 X. h. t.: „Viventes . . et sui compotes moderate valent aliqua de bonis ipsis non ratione testamenti, sed eleemosynae intuitu erogare in aegritudine constituti"; vgl. dazu Innocentius IV ad verb. „erogare": „etiam possunt in morte, et potest fieri haec donatio sine traditione et successor tenebitur". Die Wortwendungen jenes Gesetzes finden sich noch in späteren Testamenten, vgl. z. B. Cod. dipl. Padovano Parte II nr. 849 (1164): „Manfredinus marchio iacens in lecto suo quia infirmus erat sed adhuc recte loquens . . . ."

Vermögen bezogen wurde,[10]) also nur dasjenige aufrecht hielt, was längst im langobardischen Recht anerkannt gewesen war. So wurde es endlich mit voller Schärfe als Rechtssatz proklamirt, dass der für den Verstorbenen zuständig gewesene Bischof kraft seines Amtes, ohne Ermächtigung von Seiten des Testators, sogar gegen dessen ausdrücklich erklärten Willen,[11]) gleichgültig ob es sich um Zuwendungen zu frommen, gemeinnützigen Zwecken oder um andersartige Znwendungen oder Verordnungen handelte, der Defensor des letzten Willens sei und nöthigenfalls auf dem Zwangswege für die gehörige Erfüllung zu sorgen habe (cap. 3, 6, 17, 19 X. h. t.).[12]) Seine Zwangsgewalt sollte er danach gegen die Erben richten, ja ihnen sogar (cap. 6) zu diesem Zwecke „omnem rem, quae eis relicta est, canonice" interdiciren dürfen.[13]) Ebenso sollte er gegen die executores ultimae voluntatis, wie die Treuhänder zu letztwilligen Zwecken im

---

[10]) Innocentius IV in cap. 13 cit. ad verb. „alterius": „ideo credimus hunc reputari testatum decedere, quia per haec verba extrema *voluntatem meam committo dispositioni talis* et intelligitur voluisse, quod omnia sua pauperibus et in pias causas expendantur". Ebenso Hostiensis, Lectura in cap. 13 ad verb. „intestatus". Vgl. dazu den sehr ausführlichen Exkurs in Glück's Pandektenkommentar Theil 34 S 3 ff., wo aber irrigerweise behauptet wird, die Gewohnheit, einem Treuhänder das ganze Vermögen zur freien Verwendung pro anima zu überweisen, sei ausschliesslich von Geistlichen geübt worden Vgl. ferner Beseler, Ztschr. f. deutsches Recht Bd. 9 S. 193, Schulte a. a. O. S. 219 f.

[11]) cap. 17: „licet etiam a testatoribus id contingeret interdici". Dieser Passus ist, wie die vorhergehenden Worte, aus einer Novelle Justinians (Nov. 131 cap. XI § 2 ed. Schoell) entnommen, welche sich freilich nur auf Zuwendnngen pro redemptione captivorum aut alimentis paupernm bezieht. Vgl. Hostiensis, Lectura in cap. 17 ad verb. „licet". Die Dekretale wollte vielleicht damit jene (oben N. 4) berührten Verwahrungen treffen.

[12]) Glossa ordinaria des Bernardus Parmensis in cap. 6 „ab episcopo"; Innocentius IV in cap. 3 „Per te": „defensio testamentorum ad episcopum pertinet, maxime quoad pias causas, idem videtur etiam in non piis, publicatio autem fieri non debet apud episcopum". Ebenso Hostiensis, Lect. in cap. 3 „secundum piissimas". Der letztere löst den Widerspruch mit can. 5 Dist. 88 („Episcopus tuitionem testamentorum non suscipiat") durch den Satz: „ad tuitionem testamenti non debet episcopus assumere partes advocati".

[13]) Einschränkend Glossa ordinaria in cap. 6 „interdicatur" („et praevalet lex in hoc casu canoni"). Cap. 6 enthält einen Mainzer Konzilien-

kanonischen Recht genannt wurden, vorzugehen befugt sein. Die einschlägigen Dekretalen Gregor's IX aus der Zeit zwischen 1227 und 1234 lauten:

cap. 17 X h. t.: „Tua nobis fraternitas intimavit, quod nonnulli, tam religiosi quam clerici saeculares et laici, pecuniam et alia bona, quae per manus eorum ex testamentis decedentium debent in usus pios expendi, non dubitant aliis usibus applicare. Quum igitur in omnibus piis voluntatibus sit per locorum episcopos providendum, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant, licet etiam a testatoribus id contingeret interdici, mandamus, quatenus executores testamentorum huiusmodi, ut bona ipsa fideliter et plenarie in usus praedictos expendant, monitione praemissa compellas".

cap. 19: „Joannes clericus et P. laicus, executores ultimae voluntatis O. clerici S. Crucis, qui venerabilibus et piis locis de bonis suis in ultima voluntate legavit, mandans insuper, satisfieri creditoribus per eosdem, post mandatum susceptum per dioecesanum cogi debent testatoris explere ultimam voluntatem".[14])

Auf diesen beiden päpstlichen Gesetzen bauten die Kanonisten ihre Lehre von den Testamentsexekutoren auf. Sie nahmen dabei das römische Recht zu Hülfe, namentlich die von den letztwilligen Bestimmungen zu Gunsten der captivi und pauperes handelnden Konstitutionen der Kaiser Leo und Justinian in c. 28 und 48 (49) C. de episcopis et clericis 1,3 und in Nov. 131 cap. 11 und 12.[15]) So begegneten sie sich mit den Kommen-

beschluss, der in die Kapitulariensammlung des Benedictus Levita als Additio III cap. 87 (M. G. LL. II Pars 2 p. 143) aufgenommen ist und die frühen Aspirationen der Kirche auf ausschliessliche Gerichtsbarkeit in Sachen des letzten Willens darlegt. Darüber Sohm in Ztschr. für Kirchenrecht 9 S. 199.

[14]) Aehnlichen Inhalts, zum Theil mit ausführlicherer Regelung: Konzil von Tours v. 1236 cap. 7 u. Konzil von Worcester v. 1240 cap. 49 (Mansi, Sacr. conc. nova et ampl. collect. Bd. 23 Sp. 413 u. 541), welche beide aber wegen ihres ausseritalischen Anwendungsgebietes hier nur vergleichsweise herangezogen werden können. Vergl. auch die Verordnung des Bischofs von Verden von 1297 (Kraut, Grundriss, 6. Aufl. (Frensdorff) § 159 nr. 1; Stobbe, Handbuch V § 308 [7]).

[15]) Vgl. oben § 7 Ziff. 1.

tatoren des römischen Rechts. den Legisten, die ihrerseits wieder die kanonischen Satzungen, in erster Linie jene beiden Dekretalen, heranzogen. Beide Gruppen von Schriftstellern vereinigten sich schliesslich auch äusserlich in Durantis, der mit dem seinem Speculum iuris einverleibten, sehr ausführlichen Traktat „de ultimarum voluntatum executoribus“,[16] wie oben in der Einleitung (S. 1) bereits angedeutet worden ist, der Lehre eine abschliessende, in der Folgezeit der Hauptsache nach festgehaltene Fassung gegeben hat. Wir können darum die Ausführungen beider Gruppen ununterschieden verwerthen und wollen zunächst uns auf diejenigen beschränken, welche die Beziehungen der kirchlichen Organe zu den letztwillig bestellten Treuhändern, also den im eigentlichen Sinne kanonistischen Theil der Lehre, zum Gegenstand haben. Dieser Theil liegt im Grossen und Ganzen ausserhalb des Bereiches, in dem wir uns bei der Darstellung des langobardischen Rechtes bewegt haben; er berührt an sich die früher entwickelten langobardischen Normen nicht und darf daher uns schon hier beschäftigen, ehe noch die durch den Einfluss des römischen Rechtes herbeigeführten Veränderungen unseres Instituts dargelegt sind.

## § 20.

### Die bischöfliche Leitungs- und Zwangsgewalt in ihren einzelnen Aeusserungen.

Der Grundgedanke, dass der Bischof oberster Hüter und Vollzieher des letzten Willens ist, äussert sich da, wo der Erblasser einen Treuhänder bestellt hat, nach zwei Richtungen:

1. Der Bischof hat zu sorgen, dass der Treuhänder seine Aufgabe gehörig erfülle.

2. Er hat bei Wegfall des Treuhänders Ersatz zu schaffen.

Zu 1. Der Treuhänder kann zwar — Ernennung in einer einseitigen Verfügung nach Art des römischen Testaments vorausgesetzt — nicht zur Uebernahme der zugewiesenen Aufgabe, wohl aber zur Durchführung der einmal übernommenen Aufgabe

[16]) Lib. II partic. II tit. „de instrumentorum editione“ § 13 „Nunc vero aliqua“. — Johannes Andreae nennt diesen Traktat in seiner einleitenden Additio „generalissimus et utrique iuri et foro communis“.

durch den Bischof gezwungen werden.[1]) Die Uebernahme kann „tacite“ durch Vornahme einer Vollziehungshandlung, Zahlung eines Legats, Tilgung einer Nachlassschuld u. s. w., erfolgen.[2]) Der Treuhänder muss, mindestens dann, wenn er executor universalis ist, d. h. die ganze Erbschaft in seiner Gewalt hat, keinen Erben neben sich hat (unten § 23), — nach dem Beispiel des Bischofs in c. 28 § 2 C. 1,3 — ein Inventar errichten[3]). Können die mehreren ernannten Treuhänder über eine zu ergreifende Massregel sich nicht einigen, auch nicht zu einem gültigen Mehrheitsbeschluss[4]) gelangen, oder hat der Erblasser gewisse Unklarheiten zurückgelassen, z. B. dadurch, dass er die als Destinatärin bestimmte Kirche nicht genau genug bezeichnet hat, so ist die Entscheidung des Bischofs einzuholen.[5]) Diesem steht es zu, am Schlusse Rechnungslegung über die ordnungsmässige Ausführung des Auftrages zu verlangen; er kann dabei unter Berücksichtigung der Person des Treuhänders und der Art seiner Geschäfte nach billigem Ermessen sich mit einer eidlichen Bekräftigung zufrieden geben oder schriftliche Rechnungslegung oder vollen Beweis unter Heranziehung von Zeugen erfordern. Selbst die ausdrückliche Erklärung des Testators, dass er die Rechnungslegung erlasse oder verbiete,

[1]) cap. 19 cit: „post mandatum susceptum“; Glossa ord. hierzu; Hostiensis, Lect. ad ead. verba; Jacobus de Arena, Distinctiones super Codice in c. nulli (28) C. 1, 3 nr. 10; Durantis l. c. nr. 57, der sich dabei an Goffredus de Trano anschliesst, aber doch auch von Anderen berichtet, die wenigstens bei den relicta ad pios usus den ernannten Treuhänder wegen des favor religionis de canonica aequitate als verpflichtet zur Annahme ansehen. Roffredus Epiphanii (Citat unten § 22 N. 5) — im Anschluss an Nov. Just. 131 c. 11 —, Petrus de Boateriis, Expos. zur Summa Rolandini, c. I, Venditio facta a commissariis, nr. V [2] (Lugd. 1559 p. 95 i. fi.) und Petrus de Unzola, Additiones zur Summa Roland. (Bononiae 1478) fol. 35 col 2, fol. 37 col. 1 sprechen sich sogar für die Annahmepflicht in allen Fällen aus. Vgl. Beseler, Ztschr. f. deutsches Recht Bd. 9 S. 182. — Nach Innocentius IV in c. 17 cit. „compellas“ und Jacobus de Arena nr. 14 verliert der Treuhänder durch die Verweigerung der Annahme jeden ihm etwa vom Erblasser zugedachten Vortheil.

[2]) Innocentius IV in c. 19 „susceptum“ u. Hostiensis l. c.

[3]) Jacobus de Arena nr. 12; Durantis nr. 46.

[4]) Wenn nur zwei vorhanden, ordnet ihnen zunächst der Bischof einen Dritten bei. Vgl. Durantis nr. 53; Petrus de Boateriis l. c. nr. V 8 (p. 96).

[5]) Durantis nr. 13 in fin, 53, 64.

hindert, obschon sie der Regel nach von einer „scrupulosa inquisitio quoad negligentiam“ abhalten soll, doch nicht den Bischof daran, den ihm etwa verdächtig gewordenen Treuhänder zur Rechenschaft zu ziehen; „non ergo est verisimile“, sagt Hostiensis, „supradictam clausulam in enervationem vel elusionem voluntatis sue vel in preiudicium episcopi apposuisse, sed magis fide utriusque (des Treuhänders und des Bischofs) uti voluisse.“[6]) Der Treuhänder soll nicht in der Erledigung seiner Aufgabe säumen,[7]) sondern Alles binnen einer angemessenen Frist zu Ende bringen. Wie lang diese zu bemessen, darüber gehen die Ansichten aus einander. Mehrfach findet sich, in offenbarem Anschluss an die c. 28 § 2 C. 1,3 (vgl. auch cap. 3 X. h. t.),[8]) die Jahresfrist erwähnt, die von dem Empfang der zu distribuirenden Objecte laufen soll.[9]) Oder es wird aus Nov. 131 cap. 11 § 1 die Frist von 6 Monaten ab insinnatione testamenti herübergenommen oder endlich Alles dem Arbitrium des Bischofs anheimgegeben.[10]) Ist der Treuhänder säumig oder lässt er es überhaupt in irgend einem Punkte an sich fehlen, so soll der Bischof von Amtswegen[11]) gegen ihn

[6]) Am eingehendsten Hostiensis, Lectura in cap. 17 cit. ad verb. „Licet etiam a testatoribus“. Ferner: Glossa ordinaria des Accursius in c. 28 C. 1, 3 „licentiam“ und in c. 36 C. de donationibus 8, 53 (54) „sacramentum“; Jacobus de Arena nr. 28, 29; Durantis nr. 20, 47, 48. Vgl. auch Beseler a. a. O. S. 221.

[7]) Vgl. das oben § 19 N. 14 citirte Konzil von Worcester: „praecipimus, ut testamenta, quorum executionem in se commissarii susceperint, celeriter exequantur“.

[8]) So richtig auch Goldfeld (Citat oben § 1 N. 14) S. 101[31]. Es liegt nicht, wie Pertile, storia T. IV p. 38 annimmt, eine Reminiscenz an die bei der Affatomie der lex Salica gegebene Frist von 12 menses vor. Diese wurde auch richtiger Ansicht nach garnicht vom Tode des Vergabenden, sondern schon von dem Augenblick der Vergabung selbst an gerechnet. Vgl. oben S. 41 N. 17. Ausserdem ist von dieser Frist als einer gesetzlichen bei den langobardischen Vergabungen zu getreuer Hand nichts zu spüren.

[9]) Gloss. ord. in c. 28 C. 1, 3 „anni spatium“; Jacobus de Arena nr. 14; Durantis nr. 89. — In Chart. II nr. 1059 (1161) u. Cod. dipl. Padovano II nr. 869 (1165) ist 1 Jahr als Exekutiousfrist vom Erblasser verordnet, in Chart. II nr. 279 (1156) 1½ Jahr.

[10]) Durantis ibid.

[11]) Der Anstoss kann natürlich von den Betheiligten ausgehen, so z. B. von dem Destinatär oder von einem der mehreren Treuhänder, der durch die Nachlässigkeit eines Genossen behindert wird: Durantis nr. 13, 39, 58.

vorgehen. Er hat mit einer „monitio" einzusetzen,[12]) welche nach dem Vorbild der Nov. 131 cap. 11 § 3 unter Gewährung einer ausreichenden Zwischenfrist mindestens noch einmal zu wiederholen ist.[13]) Ist sie fruchtlos, so darf er zu seinen geistlichen Zuchtmitteln, excommunicatio, suspensio, interdictum, greifen oder, wenn er dies vorzieht, weltliche Beugungsmittel, mulcta indicta, pignoris captio et distractio, personae detentio, unter Anrufen des bracchium saeculare zur Anwendung bringen.[14]) Dabei soll de plano, ohne die gewöhnlichen Prozessformen, ohne libelli datio und litis contestatio, verfahren werden.[15]) Ist auf solche Weise eine Nachholung der bisher versäumten Handlung, ein Ausgleich oder eine Vergütung für pflichtwidrig unternommene Handlungen[16]) nicht zu erzielen, ist der Treuhänder „omnino contumax" oder wird er „suspectus", so hat der Bischof das Recht der Absetzung (remotio), welche er auch ohne Antrag, ohne Ankläger aussprechen darf.[17])

Zu 2. Ist oder wird der Platz des vom Erblasser bestellten Treuhänders frei, so wird er ohne Weiteres durch den Bischof selbst als den „legitimus executor" eingenommen. Dieser Satz, von welchem bereits eine ganz vereinzelte Anwendung inmitten des langobardischen Rechts uns begegnet ist,[18]) wird von den Kanonisten und Legisten in Anknüpfung an die mehrfach citirten römischen Quellenstellen und an cap. 3 X. h. t. mit Energie vertreten.[19]) Die Hauptfälle sind Tod und unüber-

---

[12]) cap. 17 cit.: „monitione praemissa compellas". Glossa ord. dazu; Durantis nr. 54.

[13]) Hostiensis in cap. 17 „monitione".

[14]) Hostiensis in cap. 17 „compellas"; Jacobus de Arena nr. 14; Durantis nr. 58.

[15]) Durantis nr. 58.

[16]) Durantis nr. 55: „Eodem modo potest episcopus eum cogere ex officio suo, ut emendet, quae male egit".

[17]) Glossa ord. in cap. 17 „piis voluntatibus"; Innocentius IV in cap. 17 „compellas"; Hostiensis in cap. 17 „licet"; Jacobus de Arena nr. 14 in fin.; Durantis nr. 55: „Porro suspectus potest per iudicem etiam absque accusatore removeri, ad instar tutoris".

[18]) l. Pap. Pipp. 31 (33). Vgl. oben S. 135 u. 150.

[19]) namentlich von Hostiensis in cap. 19 „executores", wo es heisst: „ideo videtur dicendum indistincte (mag es sich um Verfügungen zu

windliche Nachlässigkeit des Exekutors. Der Tod des allein bestellten Exekutors wirkt, wenn nicht das zu vollziehende Testament ausdrücklich anders verfügt, keinen Uebergang der Rechte und Pflichten auf seinen Erben,[20] auch keinen Anfall an den Erben des Machtgebers[21]), sondern Succession des Bischofs in locum executoris,[22]) während der Tod eines von mehreren Treuhändern grundsätzlich Macht und Pflicht auf die übrigen konzentrirt.[23]) Gehöriger Mahnung ungeachtet anhaltende Säumnis des Exekutors berechtigt den Bischof, seinerseits die zu distribuirenden Objekte an sich zu ziehen, dies auch ohne dass alle oben aufgezählten Zwangsmittel erschöpft sind oder es zu einer förmlichen Absetzung gekommen ist.[24]) Das Gleiche ist schliesslich für alle Fälle rechtens, „si executor impotentia iuris vel facti impeditus nequit exequi.“[25]) Es ist selbstverständlich, dass der Bischof hier überall nicht selbst zu handeln braucht, sondern eine andere Person als Exekutor bestellen darf.

---

frommen oder zu irgend welchen anderen Zwecken, z. B. zu Gunsten von Verwandten, handeln) quod secundum canones (im Gegensatz zu den leges, die nur von piae causae sprechen) tales executores . . . agere possunt in his que spectant ad executores (soll heissen: executionem) ultime voluntatis. Et insuper ipsis negligentibus dyocessnus hoc exequi debet“.

[20]) Vgl. oben § 17. Vgl. Jacobus de Arena nr. 23, Petrus de Unzola l. c. fol. 35v col. 2 sq, auch Durantis nr. 81, der allerdings nicht in bestimmter Weise Stellung nimmt Unter den von ihm angeführten Ansichten befindet sich auch die von Petrus de Boateriis l. c. nr. V 11 (p. 97) getheilte, dass nämlich die vom Treuhänder angefangene Exekution durch seinen Erben zu vollenden sei.

[21]) Durantis nr. 51.

[22]) Durantis nr. 7, 51.

[23]) Durantis nr. 13, 49, 50. Vgl. oben S. 141.

[24]) Glossa ord in cap. 17 „monitione“; Innocentius IV in c. 17 „compellas“; Hostiensis in c. 17 „licet“ und in c. 19 „executores“; Durantis nr. 1, 13.

[25]) Durantis nr. 40.

## § 21.

## Uebergang der Leitungs- und Zwangsgewalt auf weltliche Behörden.

## Wesen und Bedeutung der kanonischen Rechtsbildung.

Vorstehende Rechtssätze, ein Erzeugnis kanonischer Rechtsbildung, fanden, wie sie in die weltliche Litteratur der Legisten aufgenommen und dort weiterentwickelt wurden, auch Eingang in die weltlichen Partikularrechte. Nur wurde hier nicht selten der Bischof in seiner Aufsichts- und Leitungsfunktion durch die weltliche Obrigkeit abgelöst, dies je nach dem Masse, in welchem die letztere sich die Gerichtsbarkeit in Sachen der ultimae voluntates gewahrt oder wiedergewonnen hatte. Durantis selbst trug in seinem Traktat diesem Umstand dadurch Rechnung, dass er, wie bei der Feststellung des Gerichtsstandes für die auf die Exekution der Testamente bezüglichen Klagen[1]), so auch bei der Behandlung mancher[2]) im vorigen Paragraphen gedachten Aufsichts- und Leitungsbefugnisse gegenüber den Treuhändern neben dem Bischof den iudex saecularis oder civilis als zuständige Behörde bezeichnete.[3]) Zumal in den italienischen Städten mit ihrer im 12. und 13. Jahrhundert mächtig aufblühenden Rechtsverwaltung wurde auf unserem Gebiete das Regiment des Bischofs in wachsendem Umfange durch das der Stadtobrigkeit ersetzt.

Das spiegelt sich in interessanter Weise in dem Stadt-

[1]) nr. 44.

[2]) z. B. in nr. 1, 53, 57, 89. Vgl. nr. 86: „Sed nunquid index secularis in praedictis casibus poterit id implore? Et videtur, quod sic: quia parem potestatem cum episcopo in his habere videtur. Dicit Ubertus de Bobio (Legist aus der Zeit zwischen 1214 u. 1245: Savigny, Gesch. des röm R. im Mittelalter, 2. Ausg. V S. 143 ff.) primo loco id spectare ad episcopum: quo deficiente ille exequetur".

[3]) Aehnlich stellt Beaumanoir, Les coutumes de Beauvoisis (Entstehungszeit ca 1283) (éd. Beugnot) T. I ch. 12 (S. 178 ff.), wo die kanonischen Rechtssätze, wie sie oben dargestellt sind, sich im Wesentlichen wiederfinden, den Seigneur, den weltlichen Gerichtsherrn, neben den Bischof. Vgl. darüber Le Fort, des exécutours testamentaires (1878) S. 27 ff. und E. Glasson in der Nouvelle Revue historique de droit français et étranger Bd. 16 (1892) S. 786 f.

recht von Pisa wieder.[4]) Es macht den „distributores vel qui vulgo fideicommissarii dicuntur" zur Pflicht, binnen Jahresfrist den Willen des Verstorbenen zu erfüllen, verbietet ihnen, wenn mehrere zusammen ernannt sind, unter Androhung einer an die Kommune zu zahlenden hohen Geldstrafe, „de bonis defuncti divisionem inter se" vorzunehmen, befiehlt ihnen bei Uneinigkeit ein Angehen der „iudices curiae legis", welche „prout bono et equo convenit, de plano . . . remota appellatione" zu entscheiden haben. Während nach der ersten uns erhaltenen Redaktion von 1233 der Erzbischof von Pisa ausschliesslich die Funktion hat, dem Treuhänder im Falle gewisser Verwandtschaftsbeziehungen zum Verstorbenen einen zweiten Treuhänder beizuordnen, und während nach der Redaktion von 1248 wenigstens Erzbischof oder iudices curiae sowohl hierzu berufen sind als auch zur Ernennung eines Ersatzmannes für den Treuhänder, der verstorben, verzogen, rechtlich zur Uebernahme unfähig ist oder sie verweigert oder die vorgeschriebene Inventarisirung innerhalb 2 Monate nicht vorgenommen hat, so sind nach der Redaktion von 1281 alle diese Funktionen den iudices curiae ausschliesslich vorbehalten.[5]) Während ferner nach jener ersten Redaktion dann, wenn „pauperibus vel alias incertis personis vel locis" etwas hinterlassen ist, die kirchlichen Organe die Stelle des vom Testator nicht ernannten oder zwar ernannten, aber über ein Jahr säumigen Treuhänders vertreten sollen, ist diese Vorschrift durch die Reformation von 1281 beseitigt.[6]) Im Jahre 1286 endlich wird es ganz allgemein ausgesprochen, dass die „iudices omnes pisane civitatis et districtus" für die Erfüllung der „voluntates legitimae defunctorum" „ex officio suo" zu sorgen und insbesondere, wenn es sich um Verfügungen zu Gunsten von kirchlichen Anstalten oder Personen handelt,

[4]) Pertile, storia IV S. 36 ff. hat auf die in unsere Lehre einschlagenden Satzungen dieses Stadtrechts hingewiesen. Ausg. Bonaini Bd. II (1870) S. 643 ff.: Constitutum legis Pisanae civitatis in der Fassung der Jahre 1233, 1242, 1248, 1259, 1271, 1281; Bd. I (1854) S. 55 ff.: Breve Pisani communis de anno 1286.

[5]) Aehnlich werden in Lübeck während des 14. Jahrhunderts Ersatzmänner für verstorbene Testamentsvollstrecker vom Rath bestellt; darüber vgl. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte III S. 325 N. 296.

[6]) Vgl. zum Vorstehenden Const. legis, Cap. 31 „de ultimis voluntatibus" u. Cap. 32 (S. 758, 762—766).

„absque strepitu iudicii et absque lite seu molestia, die feriato et non feriato“ zu verfahren haben.[7])

Auch die Statuten von Venedig von 1242 legen die Aufsicht über die letztwillig bestellten „commissarii“ — das ist der dort und auch zumeist in der damaligen weltlichen Praxis für die Treuhänder gebrauchte Ausdruck[8]) — in die Hände der weltlichen Gewalt. Sie gebieten dem Notar, welcher das Testament angefertigt hat, binnen 8 Tagen nach dem Begräbnis des Testators dem Kommissar seine Berufung anzuzeigen, sie ordnen an, dass der letztere binnen 90 Tagen seit dem Begräbnis die Ausführung seiner Aufgabe in Angriff zu nehmen habe, widrigenfalls Ablehnung der Uebernahme unterstellt werde, sie berufen für den Fall der Ablehnung oder vorzeitigen Todes des Kommissars die Verwandten des Testators nach Gradesnähe[9]) und geben den „iudices nostri“ (es spricht der Doge) das Recht und die Pflicht, solche Kommissarien, die einmal angenommen haben, aber nunmehr bei der Administration nachlässig sind, durch Vermögensstrafen in arbiträrer Höhe zur Erfüllung ihrer Pflicht zu zwingen.[10])

Ist hiernach in diesen Statuten die letztwillige Treuhand der kirchlichen Sphäre wieder entrückt, so sehen wir doch andererseits die oben entwickelten kanonischen Rechtssätze fast durchweg rezipirt. Der leitende Gedanke eines Eingreifens

---

[7]) Breve Lib. I cap. 136 „de testamentis executioni mandandis etc.“ (S. 248 f.).

[8]) Petrus de Unzola l. c. fol. 33v col. 2: „istum talem canoniste appellant executorem testamenti . . . bononienses tamen vulgo eum appellant commissarium“.

[9]) Parallele im anglonormannischen Recht, das, wenn der Testator keine Exekutoren ernannt hat, die Verwandten mit der Vollziehung des Testaments betraut: Glanvilla (Ende des 12. Jahrhund.), Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae Lib. VII Cap. 6 (ed. Phillips, Engl. Reichs- und Rechtsgeschichte Bd. II Anhang).

[10]) Statuta Venetiarum IV 17, 18, 19; VI 49. Vgl. aus dem 14. Jahrhundert: Statuta civitatis Mutine von 1327 lib. III rubr. 48, wonach bei letztwilligen Zuwendungen pro salute animarum der Gerichtsstand vor dem Podestà und seinen iudices begründet und hier „summarie . . . sine datione libelli et litis contestatione“ zu verfahren ist, und Statuti di Roma von 1363/1369 lib. I tit. 99, wo den executores ultimarum voluntatum der Beistand des Senator und seiner curia zugesichert wird. Vgl. auch noch die bei Pertile a. a. O. S. 40 N. 39 citirten Statuten.

der Obrigkeit im Interesse der Durchführung der letztwilligen Verfügungen ist mit seinen Konsequenzen übernommen. —

Was bedeutete die kanonische Rechtsbildung ihrem juristischen Gehalt nach für das Institut der letztwilligen Treuhand? Inwiefern wurde dieses dadurch innerlich umgestaltet? Zunächst: Die Rechtsmacht, insoweit sie für den durch den Erblasser berufenen Treuhänder begründet ist und so lange sie bei diesem verbleibt, wird von der Neuerung nicht betroffen, weder in ihrem Rechtsgrunde noch in ihrer Rechtsnatur noch in ihrem Umfange. Anders die Rechtspflicht des Treuhänders. Hier setzt die Amtsthätigkeit der öffentlichen Behörde ein, darauf gerichtet, dass der vom Erblasser mit der Schaffung jener Rechtsmacht erstrebte Zweck auch wirklich erreicht werde. Das öffentliche Recht stellt sich in den Dienst des an und für sich auf dem Gebiete des Privatrechts liegenden Zwecks — ein echt kanonisches Moment![11]) Für den Treuhänder wird die Erfüllung der einmal übernommenen Aufgabe, der gehörige Gebrauch der ihm durch den Erblasser verliehenen privatrechtlichen Rechtsmacht zur öffentlich-rechtlichen Pflicht. Das wird aber auch für das Privatrechtsgebiet bedeutsam. Wo jedem beliebigen Interessenten die Möglichkeit offen steht, das officium iudicis in der Richtung gegen den Treuhänder anzuregen, ist kein weiter Schritt bis zu dem Zugeständnis, dass jeder beliebige Interessent seinerseits direkt im Wege der ordentlichen Klage des Civilprozesses gegen den Treuhänder vorgehen könne. In der That wird von den Schriftstellern der damaligen Zeit im Zusammenhang mit der Statuirung des Offizialzwanges zugleich die Verfolgung des Treuhänders im Parteienprozess im weitesten Umfange freigegeben;[12]) ja es taucht sogar der Gedanke der Popularklage gegen

[11]) Interessant ist, wie die damalige Litteratur dabei den Schlusssatz der l. 50 D. de hereditatis petitione 5, 3 verwerthet: „quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis“. Vgl. z. B. Hostiensis, lectura in cap. 17 X h. t. ad verb. „per locorum episcopos“ und „licet etiam a testatoribus“. An letzterer Stelle spricht der Verfasser gelegentlich der Erwähnung der Pflicht zur Rechnungslegung von „ius publicum, quod nemo remittere potest“.

[12]) Durantis nr. 59: „Ex praemissis satis patet, quod executor conveniri potest a legatariis vel ab episcopo vel ab ecclesia vel a pauperibus vel a quocunque, cui legatum sit, ut exequatur defuncti voluntatem“.

den Treuhänder aus Legaten ad pias causas auf.[13]) Es entsteht so auf Seiten des Treuhänders eine dem langobardischen Recht unbekannt gewesene privatrechtliche Pflicht im Verhältnis zu den Erben und Destinatären zur gehörigen Ausführung der letztwilligen Verordnung, nämlich eine solche, welche nicht erst aus einer obligationenrechtlichen Verpflichtungserklärung des Treuhänders entspringt, sondern unmittelbar mit der Uebernahme der angetragenen Rechtsmacht kraft der dieser letzteren eigenen Zweckgebundenheit gegeben ist. Immerhin dürften dabei auch römische Rechtsgedanken mitgewirkt haben. Es ist daher im nächsten Abschnitt (§ 27) noch darauf zurückzukommen.

Indessen die Einwirkung der kanonischen Sätze geht noch weiter. Insofern, als sie das Einrücken eines Anderen in die Stelle des abgesetzten, verstorbenen, verhinderten Treuhänders vorsehen,[14]) greifen sie auch in den die Rechtsmacht betreffenden Theil der Lehre ein. Nur für die von ihm Berufenen hat der Erblasser die Rechtsmacht zu treuer Hand aus dem Komplex der von ihm vererbten Rechte ausgeschieden. Wenn andere Personen, an die und an deren Vertrauenswürdigkeit er garnicht gedacht hat, ja wenn selbst solche, die er ausdrücklich ausgeschlossen hat,[15]) jene Rechtsmacht in der Folge erlangen, so lässt sich das im Grunde mit dem Institut der Treuhand nicht mehr vereinigen. Das ihm wesentliche persönliche Element tritt hier hinter dem durch die Behörde kraft öffentlichen Rechts getragenen Zweckgedanken zurück. Der von Rechtswegen oder kraft behördlicher Bestellung Eintretende kann füglich nicht mehr als Treuhänder betrachtet werden. Privatrechtlich lässt sich seine Rechtsmacht nur entweder in der Weise konstruiren, dass man Originärerwerb zu eigenem Recht genau in dem Umfang der Treuhänderrechte kraft Gesetzes oder obrigkeitlicher Ermächtigung — Devolution — annimmt, oder in der Weise, dass man von dem Wegfall des durch den Erblasser berufenen Rechtsträgers eine Verselb-

[13]) von Durantis nr. 66 verworfen.

[14]) Den ersten Schritt in dieser Richtung hatte schon um das Jahr 790 das Kapitular Pippin's (lib. Pap. Pipp. 31 [33]) gemacht; darüber vgl. oben S. 135.

[15]) cap. 17 X h. t.; oben § 19 N. 11. — Aus späterer Zeit ein gutes Beispiel für Verwahrung gegen Eingreifen des Bischofs in Verci, Storia della Marca Trivigiana, doc. nr. 1461 de a. 1348 (Bd. 12 S. 103).

ständigung der Treuhänderrechte datirt, nunmehr ein Zweckvermögen ohne persönlichen Rechtsträger, ein abgesehen von seiner vorübergehenden Dauer mit der selbständigen Stiftung vergleichbares Gebilde unterstellt und in der Behörde bezw. in dem von ihr Eingesetzten nur ein Vertretungsorgan erblickt.

Die Stellung der Obrigkeit zum Treuhänder nach kanonischen Rechtsgrundsätzen hat starke Verwandtschaft mit der Stellung der Vormundschaftsbehörde zum Vormund. Es war durchaus richtig, wenn die Schriftsteller des 13. Jahrhunderts bei der Entwicklung unserer Lehre sich insoweit an die Lehre von der Vormundschaft anlehnten und manchen Einzelsatz daraus herübernahmen.[16]) Aber der Vergleich darf nicht dazu führen, den Treuhänder auch da, wo nicht seine Stellung zur Aufsichtsbehörde in Frage steht, wo er vielmehr auf rein privatrechtlichem Boden von seiner Rechtsmacht Gebrauch macht, wie einen Vormund zu behandeln: er bevormundet nicht, er wird nur bevormundet oder dem Vormund gleich beaufsichtigt. Es war daher wiederum richtig — was Beseler[17]) „merkwürdig“ erscheint —, dass jene Schriftsteller[18]) bei der Bestimmung der Treuhänderstellung im Allgemeinen die Analogie der Vormundschaft ausser Ansatz liessen. Später hat man eine solche Verallgemeinerung nicht gescheut; sie hat in der Dogmengeschichte der Testamentsexekution noch eine bedeutende Rolle gespielt,[19]) wobei freilich für Deutschland, namentlich für das sächsische Gebiet, die Möglichkeit, dass noch andere Momente eingewirkt haben, dahingestellt bleiben soll; sie mag mit schuld daran sein, dass das Institut in der Doktrin vielfach ein so fremdartiges Gesicht angenommen, namentlich dass der Gedanke, der Treuhänder handle als Stellvertreter, hat aufkommen können.

---

[16]) Vgl. die bei Beseler, Ztschr. für deutsches Recht 9 S. 159 aus Durantis angeführten Beispiele.

[17]) a. a. O.

[18]) namentlich auch Durantis nr. 69 ff.

[19]) Vgl. Beseler a. a. O. S. 159—162.

# Zweiter Abschnitt.

## Das romanisirte Recht.

### § 22.

### Testament und Treuhand.

Die Romanisirung des Rechts während des 12. Jahrhunderts schaffte allenthalben in Italien unter Verdrängung der langobardischen Vergabung auf den Todesfall dem römischen Testament Eingang. Zwar wurden nicht überall die römischen Förmlichkeiten übernommen; in vielen Städten blieb man bei den durch das kanonische Recht gebilligten,[1] geringeren Formerfordernissen der Vergabung auf den Todesfall stehen.[2] Wohl aber erlangten die drei Grundelemente des Testaments — unverzichtbare Widerruflichkeit, Einseitigkeit der Errichtung, Erbeseinsetzung — allgemeine Anerkennung. Es konnte sich

[1]) oben § 19 N. 7 u. 8.

[2]) Const. legis Pisanae civit. v. 1233 c. 31 (ed. Bonaini II S. 756 f.): „De ultimis voluntatibus per legem romanam indicetur; eo excepto . . . et remota sollempnitate testium, sigillorum et testium rogationis et subscriptione testium et testatoris, ita tamen ut tres (nach der Reformation v. 1281: quinque) intersint et illi sufficiant, in quo numero non computetur notarius". Liber consuetudinum Mediolani v. 1216 tit. 19 (ed. Berlan 1868 S. 36): „qualibet ultima voluntas duobus testibus adhibitis vicem testamenti obtinet . . . Item non desideratur scriptura vel subscriptio testium seu signacula in ultimis voluntatibus iure nostrae consuetudinis". Statuta communitatis Novariae v. 1277 cap. 262 (ed. Ceruti 1879): „quilibet masculus habens personam testandi possit testari cum tribus testibus et valeat". Man vergleiche damit Lombarda-Kommentare zu II, 15: „aut enim (sc. donatio) universitatis fit, que . . . . coram testibus fieri debet . . . testibus dico tribus vel duobus". — Pertile IV S. 28 nimmt mit Unrecht ursprüngliche Rezeption der römischen Zeugenziffer (7 oder 5) und spätere Herabsetzung in Folge des kanonischen Einflusses an; es hängt dies mit der oben (§ 3) widerlegten Meinung zusammen, dass schon die lex 6 Liutpr. das Testament eingeführt habe. Vgl. das vor Erlass der Dekretale Alexander's III (cap. 10 X h. t.) — oben § 19 N. 7 — im Jahre 1165 vor dem Pfarrer und Notar Blasius und 2 Zeugen errichtete Testament in Cod. diplom. Padovano II nr. 869.

fragen, ob die letztwillige Treuhand, die aus der grundsätzlich unwiderruflichen, zweiseitigen, nur Singularsuccession herbeiführenden Sachschenkung herausgewachsen war, auf dem fremden Boden des Testaments noch die Bedingungen für eine gedeihliche Fortexistenz finden würde. Das römische Recht[3]) hatte ja, wenn auch hier und da in den Quellen vereinzelte entfernte Berührungspunkte sich zeigten, im Grunde nichts Aehnliches aufzuweisen.[4]) Die Geschichte hat dessenungeachtet

---

[3]) wenigstens das hier allein belangreiche Recht des Corpus iuris. Inwieweit, vielleicht zufolge hellenischer Einflüsse (vgl. das Citat bei Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht [1893] S. 81 N. 17), in gewissen Gebieten des römischen Reichs ein unserer Testamentsexekution verwandtes Institut in die Praxis Eingang gefunden hat, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. noch den seiner Bedeutung nach recht zweifelhaften „ἐπίτροπος" im Kodizill zum Testament des Gaius Longinus Castor von 189 194 nach Chr. aus dem mittleren Aegypten (Berliner ägypt. Museum P. 7820); darüber Mommsen, Sitzgsber. der Berliner Akad. 1894 S. 52 f. und Collinot in der Nouvelle Revue historique Bd. 18 S. 581 f.

[4]) Die c. 28, 48 (49) C. de episcopis 1, 3 und die Nov. 131 cap. 11, an welche vornehmlich die Legisten ihre Lehre von den Testamentsexekutoren anlehnten, hatten es mit dem Fall zu thun, dass ganz allgemein die captivi oder die pauperes als Erben eingesetzt oder als Legatare bewidmet waren, und trafen Anordnungen über die praktische Verwirklichung dieser für zulässig erklärten Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse, ohne die hierfür herangezogenen Personen anders, denn als Vertreter der Destinatäre, zu behandeln (vgl. oben § 7 Ziff. 1). Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht III S. 119 [24] bezieht auf diese Personen selbst die Erbeseinsetzung oder legatarische Bewidmung, die mit einem Modus, eben zu Gunsten der pauperes oder der captivi, belastet gewesen sei, während Brinz, Pandekten, 2. Aufl. III S. 511 [7], der hier vertretenen Ansicht näher stehend, Ansätze zu einem „Zweckvermögen" annimmt. Nach Goldfeld, a. a. O. S. 79 f. sollen jene römischen Stellen in der That bereits Ansätze unserer Testamentsexekution enthalten; er findet darin die „Bestellung von Universalexekutoren mit erbenähnlicher Gewalt" vorgesehen und meint, in Unbekanntschaft mit der ganzen langobardischen Vorgeschichte unseres Instituts, dass dieses letztere in der Hauptsache dem Einfluss gerade jener und noch einiger den Digesten angehörigen (a. a. O. S. 79 [16]) Stellen, also römischem Einflusse, seine Entwicklung verdanke (oben § 1 N. 14). Die folgende Darstellung wird seine Annahme widerlegen und beweisen, dass die italienischen Schriftsteller des 13. Jahrhunderts die gedachten Stellen vielmehr zu dem Zwecke heranzogen, um das in der Praxis vorgefundene langobardische Institut im römischen System, an das sie sich gebunden hielten, unterzubringen. Dass die Treuhand hierbei neben einigen Hemmungen auch in einigen Punkten Förderung erfahren hat, ist gewiss. Das spätere

jene Frage schlank bejaht. Die Treuhand büsste nicht das Geringste von ihrer Lebenskraft ein, ihre Anwendung in der Praxis blieb ungemindert. Das haben wir schon aus der im vorigen Abschnitt behandelten Gesetzgebung und Litteratur entnehmen können. Es wird bekräftigt durch die einschlägigen Testamentsurkunden des 12. und 13. Jahrhunderts, endlich durch die ausdrücklichen Zeugnisse des Roffredus Epiphanii[5]) und des Jacobus de Arena.[6]) Die letztwillige Treuhand wurde zur Testamentsexekution.

Dies konnte nicht geschehen, ohne dass sie an mancherlei Punkten Veränderungen erfuhr. Am wenigsten wirkte von jenen drei Grundelementen des römischen Testaments die Widerruflichkeit ein. Denn, war auch der prinzipielle Standpunkt dem früheren (langobardischen) direkt entgegengesetzt,[7]) so war doch bei den Vergabungen auf den Todesfall in Italien seit frühester Zeit der Vorbehalt künftiger anderweitiger Disposition in häufigem Gebrauch gewesen[8]) und so die grundsätzlich schon bei Lebzeiten des Schenkers für den Treuhänder bestehende

---

römisch-byzantinische Recht, auf das sich Goldfeld (S. 75, 80) gleichfalls beruft, hat zwar auf Antrieb der Kirche eine Art „Testamentsexekution" geschaffen, hat es aber nach dem Zeugnis des besten Kenners, K. E. Zachariä von Lingenthal (Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Aufl. S. 165), nur zu einer „sehr mangelhaften Ausbildung des Instituts" gebracht, ist „auf halbem Wege stehen geblieben". Es fehlte ihm das juristische Mittel der Treuhand, dessen grosse Bedeutung dadurch von Neuem klar wird!

[5]) Tractatus libellorum, Super iure civili, Pars IV, Rubrica *De actione ex testamento*, Quaestio *Item quid erit* (Ausg. Speyer 1502 fol. 83 v col. 2): „sepe contingit . . . hanc quaestionem de facto tractavi". Weiterhin wird berichtet, dass der „distributor" in Apulien „epitropos" genannt werde. In der That heisst es in einer Urkunde aus Trani von 1138 (Beltrani nr. 32) mit Bezug auf letztwillige Treuhänder: „quos mihi epitropos constituo".

[6]) l. c. princ.: „Quia commissariorum frequens et utilis est tractatus".

[7]) Petri exceptiones legum Romanorum lib. I cap 11 (ed. Savigny, Gesch des röm. R. im Mittelalter II Anh. I A): „Posterius testamentum et legatum et fideicommissum ac posterior donatio causa mortis rata sunt: quia in ultimis voluntatibus vel dispositionibus bonorum semper posteriores voluntates, conceptae legitime, infirmant et (r)evocant anteriores" — verglichen mit Lomb.-Komm. zu II, 18: „priore valente voluntate posterior nullius momenti erit . . . Et qui rerum suarum ordinationem facere velit, sibi ordinandi facultatem non tacite set expressim conservat".

[8]) oben § 2 S. 11 ff.

Anwartschaft auf die Treuhandsobjekte stark durchlöchert worden,[9]) so dass ihre gänzliche Beseitigung im praktischen Ergebnis nicht viel bedeutete. Von grösserer Tragweite war die Einseitigkeit der Errichtung. Diese, früher nur ein Nothbehelf in den Ausnahmefällen der l. 6 Liutprandi[10]) und auch in solchen Fällen gerade bei der Bestellung eines Treuhänders nach Möglichkeit vermieden,[11]) löste unser Institut vom Sachenrecht los und verpflanzte es auf den Boden des Erbrechts. Das hatte namentlich zwei Wirkungen. Einmal wurde die vollständige Begründung des Treuhandverhältnisses noch von einem nach dem Tode des Erblassers liegenden, nach erbrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden Moment, der einseitigen Annahme auf Seiten des Berufenen, abhängig. Ferner wurde die Stellung des Treuhänders zu den vom Erblasser namentlich bezeichneten Destinatären der in die treue Hand gelegten Zuwendungen, also zu den dadurch materiell und in letzter Linie Bedachten, den eigentlichen Legataren, verschoben. Diese schöpften jetzt auch ihrerseits unmittelbar aus der einseitigen letztwilligen Anordnung ein gewisses Mass von Berechtigung, das sie zu dem Treuhänder in ein eigenthümliches, von dem früheren abweichendes Verhältnis setzte. Am tiefsten schnitt die Erbeseinsetzung in unsere Lehre ein. Es bestand jetzt die Möglichkeit, sich letztwillig einen Erben zu schaffen, wobei freilich, entgegen der römischen Auffassung und getreu dem bisherigen Entwicklungsgang der letztwilligen Verfügungen, die Zuwendung pro anima, also eine Einzelzuwendung, ein Legat, nicht aber die heredis institutio, als „caput et fundamentum testamenti" betrachtet wurde[12]) War nun von jener Möglichkeit Gebrauch gemacht,

---

[9]) oben § 14 Ziff. 1.

[10]) oben § 3.

[11]) oben § 7 Ziff. 2 b, § 8 S. 58.

[12]) Vergl. das Formularium, welches G. B. Palmieri, Appunti e documenti per la storia dei glossatori I (1892, Bologna) als „Yrnerii Formularium tabellionum saeculo XIII ineunte in novam formam redactum" herausgegeben hat (schon früher in Bibliotheca iuridica medii aevi Vol. I [1888]). Seine sorgfältigen Untersuchungen machen die Richtigkeit dieser Namengebung in hohem Grade wahrscheinlich. Jedenfalls ist das Werk das älteste der uns überlieferten Werke über die Notariatskunst. Es wird darin im Liber III

so erwuchs dem im Testament bestellten Treuhänder ein ehemals nicht vorhandener Konkurrent. Nach langobardischem Recht hatte der Erbe als geborener Erbe abseits des letzten Willens und im Gegensatz zu ihm gestanden; er war für seine Ausführung nur insofern in Betracht gekommen, als etwa gegen ihn ein Recht auf Leistung für den Treuhänder begründet worden war.[13]) Jetzt nahm nach römischen Prinzipien der Erbe als Testamentserbe seinen Platz ein im Bereiche des letzten Willens; er war berufen, die volle Rechtsmacht des Testators zu übernehmen, sie nach dessen Anordnungen zu gebrauchen, das Testament seinerseits auszuführen. Ja sogar, wo der Erblasser, ohne einen Erben einzusetzen, letztwillig durch Testament oder Kodizill (ein Unterschied zwischen beiden bestand nicht) verfügt hatte,[14]) wurde jetzt, im Anschluss an

---

(S. 88 a. E., 89) für die Anfertigung der Testamente eine Anweisung gegeben, in der es heist:

> „In primis quid pro anima sua dari iusserit proponat, quia anima est plus quam corpus, et quibus locis et personis legari voluerit nominet, quid et quantum; deinde instituat commissarios qui sint solliciti circa funus et sepulturam et disponant ea quae designaverit pro anima"

[13]) oben § 15 Ziff. 2.

[14]) Vergl. das Statut von Pisa v. 1233 (a. a. O.): „eò remoto, ut quia non fecit heredem vel eum non rogavit, voluntas defuncte persone non deficiat". Statuta Niciae (Nizza) [H. P. M. Leges municipales p. 56]: „Si quis contemplatione ultimae voluntatis, qui testamentum facere possit, rerum suarum fecerit dispositionem, licet institutiones vel substitutiones secundum leges non fecerit, dispositiones illas firmas habebo". Beispiele aus den Urkunden: Beltrani nr. 32 (1138); Codice diplom. Padovano de a. 1101 bis 1183 P. II nr. 869 (1165); Chart. I 550 (1170), 599 (1183), 665 (1193), II 821 (1160), 1059 (1161); Fantuzzi, Monum. Ravennati II 100 (1218), in welcher letzteren Urkunde die in der Vollziehungsformel des Notars enthaltene Klausel „post traditam" nicht mehr, wie früher (vgl. oben S. 19), auf eine stattgehabte Tradition der Urkunde vom Aussteller an den Destinatär hinweist, also Zweiseitigkeit des Geschäfts andeutet, sondern sich auf einen Traditionsakt des Notars bezieht — vgl. Cod. dipl. Laudense II nr. 97 (1181) u. 385 (1283: „Ego . . notarius . . hoc testamentum tradavi et scripsi"). — Roffredus a. a. O.: „sepe contingit quod aliquis non instituit heredem sed tamen reliquit legata: puta in codicillis, in quibus reliquit aliquem distributorem per quem vult omnia legata solvi".

die römische Lehre vom Intestatkodizill,[15]) zugleich unter dem Einfluss des kanonischen Rechts,[16]) der Intestaterbe als der für die Durchführung des letzten Willens Kompetente angesehen. Trotzdem behauptete sich, wie erwähnt, die Treuhand. Ihre Brauchbarkeit bewährte sich immer noch, sobald der Vollzug einer Verfügung einen bei dem Testaments- oder Intestaterben nicht vorausgesetzten Grad von Sachkunde und Vertrauenswürdigkeit erheischte, wie namentlich der Vollzug der nach wie vor sehr häufig vorkommenden Seelgift *in blanco*, „pro pauperibus et sacerdotibus“.[17]) Sie empfahl sich noch mehr da, wo man vom Erben geradezu die Gegnerschaft gegen eine Verfügung erwarten und daher auf eine besondere Sicherung der letzteren Bedacht nehmen musste; in dieser Hinsicht hatte sich ja die Lage im Vergleich mit dem früheren Verhältnis zum Blutserben kaum gewandelt.[18]) Es standen sich also jetzt in Ansehung der Testamentsvollziehung Treuhänder und Testaments- oder Intestaterbe als Konkurrenten gegenüber. Diese Konkurrenz in richtige Bahnen zu lenken, das Verhältnis zwischen den beiden zu regeln, das wurde die wichtigste und schwierigste der neuen Aufgaben, welche die Romanisirung der Rechtsbildung auf unserem Gebiete stellte.

---

[15]) Vgl. z. B. § 1 Inst. de codicillis 2, 25: „sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest“.

[16]) nach welchem der Bischof die Erben, ohne dass zwischen Testaments- und Intestaterben unterschieden wird, zur Erfüllung des letzten Willens zwingen kann und soll: cap. 3 u. 6 X h. t. Oben S. 154.

[17]) Vgl. Formularium tabellionum ed. Palmieri, Lib. III (S. 91), wo im Testamentsformular nach mehreren Zuwendungen an bestimmte Kirchen und Anstalten fortgefahren wird: „reliquos vero den. [= denarios] (d. i. der Rest der im Anfang pro anima ausgeworfenen Gesammtsumme) volo expendi a commissariis meis ubi melius et utilius visum fuerit pro anima mea circa funus et sepulturam meam, et inter ecclesias et sacerdotes et pauperes, et loca religiosa et etiam pro missis canendis“. Ebenso das von 1214 datirte Testamentsformular der Ars notaria des Rainerius de Perusio nr. CII (ed. Gaudenzi in Biblioth. iuridica medii aevi Vol. II p. 50) und des Rolandinus Passagerii Summa artis notariae, cap. VIII, Forma brevis testamenti (Ausg. Lugduni 1559 S. 483). Vgl. die Urkunden: Cod. diplom. Padovano II 849 (1164); Chart. II 279 (1156), 283 (1156), 824 (1160); Cod. diplom. Laudense II 385 (1283); Fantuzzi, Monum. Ravenuati III 24 (1132), 32 (1178).

[18]) Vgl. hierzu noch Beseler a. a. O. S. 156 f.

Hier liegt zugleich, wie bekannt, der Anlass für die Verwirrung, welche in die Lehre von den Testamentsexekutoren später hineingekommen und noch heute in Deutschland nicht beseitigt ist, und für die Verkümmerung, welche das Institut später bisweilen erfahren hat. Für uns dürfte es deshalb von besonderem Interesse sein, zu sehen, wie man sich in Italien mit jener Aufgabe abgefunden hat während einer Zeit, in der die ursprüngliche, langobardische Regelung noch lebhaft nachgewirkt haben muss.

Da wir der Meinung sind, dass das Institut in seinem Kern dasselbe geblieben ist, und da es uns gerade darauf ankommt, die Zusammenhänge zwischen der früheren, langobardischen und der neueren, romanisirten Lehre aufzudecken, so wollen wir bei der folgenden Darstellung auch die früher erprobte Eintheilung (Rechtsmacht — Rechtspflicht) beibehalten.

---

## Erstes Kapitel.

## Die Rechtsmacht des Treuhänders.

### § 23.

### Der Treuhänder über den ganzen Nachlass ohne Erben zur Seite.

In der langobardischen Rechtsepoche war die Zuweisung des ganzen Nachlasses an einen Treuhänder nichts Seltenes gewesen.[1]) Dieser Fall hatte jedoch im Verhältnis zu den übrigen, in denen ein Bruchtheil des Nachlasses oder nur bestimmte einzelne Gegenstände in die treue Hand gelegt waren, keine Besonderheit für die juristische Betrachtung dargeboten — dies deshalb, weil in dem ersten Fall genau wie in den letzteren die Rechtsmacht des Treuhänders eine rein sachenrechtliche war und hier wie dort in gleicher Weise, mit lediglich quanti-

[1]) Oben § 8 N. 1.

tativem Unterschiede, die gesetzlichen Erben ausschloss. In dem romanisirten Recht hingegen war, wie im vorigen Paragraphen angedeutet worden ist, die Treuhänderschaft auf testamentarisch-erbrechtlichen Boden gerückt und durch das Vorhandensein eines mit dem Treuhänder konkurrirenden Erben stark beeinflusst. Hier konnte nun gerade in jenem Falle, wo der Treuhänder distributor omnium bonorum war, die Konkurrenz eines Erben ganz ausgeschlossen sein, dann nämlich, wenn das Testament keine Erbeseinsetzung enthielt, sondern den ganzen Nachlass in Vermächtnissen erschöpfte, die vom Treuhänder berichtigt werden sollten.[2]) Streng genommen hätte hier zwar der gesetzliche Erbe Repräsentant des Erblassers sein müssen.[3]) Aber man liess ihn, da er materiell leer ausging, und da auf der anderen Seite der alte langobardische distributor omnium bonorum als Vorbild vor Augen stand, ganz zurücktreten, also eine Erbenkonkurrenz überhaupt nicht aufkommen. So nach der einhelligen Lehre der damaligen Schriftsteller.[4]) So mit voller Schärfe im **Pisaner** Stadtrecht von 1233 ausgesprochen.[5])

---

[2]) Beispiele: Beltrani nr. 32 (1138, Trani in Unteritalien); Cod. diplom. Padovano II nr. 869 (1165); Hortzschansky und Perlbach, Lombard. Urk. (Halle 1890) nr. 42 (1180, Cremona): „Insuper volo funus meum honeste et decenter duci et fieri et in ipsum expendi secundum dispensationem presbyteri Alberti et magistri Bosonis et magistri Ducis, per quorum manum volo omnia mea legata prestari et, quicquid a legatis supererit, volo eorum arbitrio dispensari et tribui pro anima mea pauperibus et ecclesiis et in alias pias causas“; die hier vorausgehende Einsetzung des Kapitels zum Erben ist nur eine Redensart. Ferner: Fantuzzi, Monum. Ravenn. II 100 (1218).

[3]) Vgl. **Pertile** S. 15, 16 N. 11 u. 12.

[4]) Vor allem **Roffredus**, l. c. und in der folgenden Quaestio *Sed si est loco heredis* (fol. 84 col. 1), namentlich „. . si distributor nec ageret nec conveniretur et hereditas esset in nominibus . ., iam nullus esset qui conveniret debitores hereditarios, quod esset iniquum“. **Innocentius** IV, in c. 10 X h. t. ad verb. „suis propriis creditoribus“: „et si nullus sit haeres, tamen ipse cui commissum est, quod omnia, quae habet, dispenset in pias causas, potest totam haereditatem vendicare“. **Hostiensis**, Lectura in c. 19 ad verb. „executores“. **Durantis** nr. 2, 16, vgl. nr. 24 („cum nemo sit haeres“).

[5]) a. a. O.: „nec heredes qui ab intestato successuri sunt, quibus legittima non debetur, ad huius defuncti successionem hereditario iure ullam habeant petitionem, cum omnia distribuit (sc. testator) vel distribuenda commisit, sed ipsis distributoribus . . . bonorum defuncti petitio tamquam heredibus detur“.

Der Treuhänder über den ganzen Nachlass, bestellt in einem Testament ohne Erbeseinsetzung, wurde daher als eigener Typus, als executor universalis[6]) oder generalis[7]), den übrigen Treuhändern, welche neben sich einen Erben hatten, gegenübergestellt.

Das war in zweifacher Hinsicht erheblich. Denn erstens blieb bei diesem Typus der Zusammenhang mit dem alten Recht besonders gut gewahrt, und das gereichte der ganzen Lehre zum Vortheil. Zweitens wurde die Gelegenheit geboten und ergriffen, bei Ausgestaltung des gedachten Typus die Lehre um einen weiteren Schritt vorwärts zu bringen. Da ein wahrer Erbe hier nicht vorhanden war, so konnte man den Treuhänder in die Stelle des Erben einrücken lassen. Das wurde in der That nicht blos in der Litteratur[8]), sondern auch in der Gesetzgebung[9]) ausdrücklich ausgesprochen[10]). Es lag ganz im Sinne des alten Rechts, das, wie wir gesehen, dem Treuhänder ein (durch die Zweckbestimmung resolutiv bedingtes) Eigenthumsrecht zugeschrieben hatte. Es bedeutete ihm gegenüber einen Fortschritt, weil es eine freiere Behandlung der Rechtsmacht des Treuhänders ermöglichte. Man brauchte diese nun nicht mehr im Testament nach ihren einzelnen Bestandtheilen zu bestimmen.[11]) Durch Heranziehung der Sätze über den mit Legaten, insbesondere den mit einem Universalfideikommiss belasteten Erben konnte für sie ein gesetzlicher Umfang herausgebildet werden. Es brach sich der Gedanke Bahn, dass der Universalexekutor zu einer Verwaltung und Regulirung des Nachlasses zum Zwecke möglichst voll-

---

[6]) So Durantis nr. 28.

[7]) So Const. legis Pisanae civit. c. 32, Additio v. 1248 (S. 765). — Vgl. Beseler a. a. O. S. 158 [16] und Goldfeld S. 79, die beide richtig aus dem Traktat des Durantis diese Distinktion herausgelesen haben.

[8]) Vgl. namentlich die eingehende Durchführung des Vergleichs zwischen distributor omnium und heres bei Roffredus in den beiden citirten Quästionen („est, habetur loco heredis"), ferner Durantis nr. 25, 27, 28, 72.

[9]) Vgl. die oben N. 5 citirte Stelle des Pisaner Stadtrechts: „tamquam heredibus".

[10]) Vgl. noch Beseler a. a. O. Aehnlich für das lübische Recht: Pauli Abhdl. III S. 330.

[11]) Ueber Ansätze zu einer freieren Behandlung schon im langobardischen Recht vgl. oben § 14 Ziff. 4.

ständiger Durchführung des letzten Willens berufen sei und dass ihm daher alle dafür nöthigen und dienlichen Befugnisse zu geben seien. Auf solche Weise wurde das passende Gegenstück geschaffen zu der im vorigen Abschnitt gekennzeichneten kanonischen Rechtsbildung. Stellte sich diese die Aufgabe, den Endzweck des Institutes mit den Mitteln des öffentlichen Rechts im Gebiete der Pflichten des Treuhänders (Inventarerrichtung, Rechnungslegung etc.) zu sichern[12]), so förderte die privatrechtliche Entwicklung den gleichen Zweck im Gebiete der Rechtsmacht des Treuhänders durch Aufnahme und Ausgestaltung jener Idee der Güterverwaltung.[13])

Die Anwendung dieser Prinzipien gab der Rechtsmacht des Universalexekutors im Einzelnen folgendes Ansehen:

Der Rechtserwerb dürfte sich für den Treuhänder, unbeschadet der Möglichkeit, ihn durch Ablehnung der Treuhänderschaft und der damit verbundenen Pflichten[14]) wieder rückgängig zu machen, schon mit dem Tode des Erblassers ohne Weiteres vollzogen haben. Dies möchte ich, wenn mir auch keine Belege zu Gebote stehen, daraus entnehmen, dass schon die römische Lehre von dem Erbschaftserwerb durch aditio hereditatis nur vereinzelt und abgeschwächt in die italienischen Partikularrechte des Mittelalters Aufnahme fand[15]), dass um so weniger Veranlassung war, sie auf den Testamentsexekutor, der doch nur tamquam heres war, zu übertragen, dass vielmehr

---

[12]) Vgl. namentlich oben S. 164 f.

[13]) Freilich wurde dadurch ein Grund mehr gelegt für die spätere Abirrung in den Bereich des tutor, procurator. Vgl. Jacobus de Arena nr. 18: Verkaufsbefugnis des distributor omnium ohne Ermächtigung des Testators „ad instar procuratoris habentis liberam et generalem administrationem"; Durantis nr. 34: „legitima administratio ad instar tutoris". Vgl. oben § 21 a. E. — Der Ausdruck „procurator" kommt übrigens auch für den in fremdem Interesse, aber in eigenem Namen handelnden Salmann in den Lombarda-Kommentaren zur Erklärung der l. 5 Lomb. II, 18 (= lib. Pap. Karol. 105 [106]) vor: „(Albertus) Si ergo in hoste profecturus rerum suarum administrationem id est ordinationem alicui dedit, valere debet, si ille in hoste decesserit et procurator res donatariis distribuerit etc." (vgl oben § 17 N. 9). Petrus de Boateriis l. c. nr. I (p. 93): „et appellari etiam potest procurator . . . quia habet negotia animae procurare".

[14]) Oben § 20 N. 1.

[15]) Pertile IV S. 118 ff. und die dort angeführten Stadtrechte.

hier wenigstens insoweit (über den gänzlichen Fortfall der Anwartschaft vor dem Tode des Erblassers vgl. oben § 22) der alte Rechtszustand, wie er bei der Vergabung zu getreuer Hand post obitum gewesen war, sich aufrecht erhielt. Der Distributor konnte sich in den Besitz des Nachlasses[15a]) setzen und von jedem fremden Besitzer seine Herausgabe durch hereditatis petitio, vindicatio erzwingen. Dies wurde zwar von manchen der damaligen Schriftsteller[16]), die ohne direkten Quellenbeleg nicht auskommen zu können vermeinten, nur für den Fall, dass der ganze Nachlass in pios usus verwendet werden sollte, im Anschluss an die c. 28 und c. 48 (49) C. 1,3[17]) ausgesprochen.[18]) Aber Roffredus, der sich gerade rühmt, die Frage der Rechtsstellung des Universalexekutors „de facto", also für einen Fall der Praxis, behandelt zu haben,[19]) weiss von solcher Beschränkung nichts und sagt ganz allgemein, dass jener Distributor die Klagen des Erben als „utiles" habe.[20]) Hostiensis bekämpft die Beschränkung ausdrücklich, indem er sich auf das cap. 19 X. h. t., das von dem Treuhänder auch die Befriedigung der creditores, also etwas nicht den piae causae Zugehöriges, verlange, und auf die Thatsache beruft, dass man einem Universalexekutor doch auch Zuwendungen an affines und cognati in die Hand gebe: „ideo videtur dicendum indistincte quod secundum canones tales executores et contra heredes, si sint, et etiam contra omnes alios agere possunt in his que spectant ad executores (soll heissen: executionem) ultime

[15a]) auch in den Besitz der die Nachlassgrundstücke betreffenden Urkunden. So sagt in Fantuzzi, Monum Ravenn. II 100 (1218) der Testator: „et volo quod cassa cum omnibus instrumentis meis quam habet Albertus de Forumpopulo in deposito deveniat in manibus meorum fideicommissariorum. Et ipsi dent ea illis quibus podere (Grundbesitz, Du Cange) meum superius legavi".

[16]) Innocentius IV in c. 19 ad verb. „suis propriis creditoribus"; Jacobus de Arena nr. 16. Vgl. Durantis nr. 16, 24.

[17]) die selbst nicht einmal passten, vgl. oben § 22 N. 4.

[18]) Beispiel für einen solchen Prozess der ad pios usus bestellten Universalexekutoren in der von Friedberg in seiner Ausgabe des Corpus iuris canonici als Note zu c. 1 in VI to de testamentis 3, 11 abgedruckten decr. de extrav. Innoc. IV *„Johannes Fraiapane"*.

[19]) Citat oben § 22 N. 5.

[20]) Dieser ganze Passus des Roffredus ist wörtlich von Durantis in nr. 27 u. 28 aufgenommen.

voluntatis".[21]) Endlich gesteht auch das mehrerwähnte Pisaner Stadtrecht den Universalexekutoren unterschiedslos die „bonorum defuncti petitio" zu.[22]) In der Kompetenz unseres Treuhänders lagen die Klagen gegen die Erbschaftsschuldner, nach Roffredus[23]) wiederum als „utiles", ohne dass es einer Spezialermächtigung im Testament[24]) bedurfte. Umgekehrt waren gegen ihn die Klagen der Erbschaftsgläubiger gegeben, wie er denn auch bei der Verwendung der Aktiva selbstverständlich mit der Berichtigung der Schulden zu beginnen hatte.[25]) Nach des Durantis[26]) Bericht hielt man unter den Treuhändern gerade den bonorum universorum distributor für befugt, sich im Prozess mit dem Gegner zu vergleichen oder einen Schiedsvertrag abzuschliessen, auch wenn er sich nicht auf eine ausdrückliche Erlaubnis des Testators berufen konnte. Hatte ferner Roffredus noch, vielleicht in Erinnerung an den langobardischen Rechtsgebrauch, sich gescheut, direkt aus der Qualität als quasi heres ein Alienationsrecht herzuleiten[27]), so wurde diese Konsequenz kraft der fortschreitenden Idee der Güterverwaltung von den Späteren gezogen und alsbald auch in richtiger Weise mit Rücksicht auf den Zweck der Verwaltung begrenzt: „non ... ut ea (sc. bona) in alios usus convertat vel etiam sine caussa,

[21]) Citat oben § 20 N. 19.

[22]) Citat oben N. 5. — Vgl. für die spätere Zeit: Stat. di Roma v. 1363/1369 Lib. I tit. 99, wo ganz allgemein, ohne dass auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines konkurrirenden Erben Gewicht gelegt wird, in Bezug auf die „executores ultimarum voluntatum tam pro relictis pro anima quam pro aliis quibuscumque legatis" verordnet wird, es solle ihnen durch die „curia" gegen „omnes personas detinentes de bonis testatoris" mittelst Einweisung geholfen werden.

[23]) ebenso wörtlich Durantis nr. 28.

[24]) Freilich wurde solche nicht selten im Testament ausdrücklich ausgesprochen, vgl. z. B. Urk. aus Trani v. 1138 (Beltrani nr. 32).

[25]) Vgl. cap. 19 X h. t., dazu Innocentius IV in c. 19 „suis propriis creditoribus": „sed haereditas intelligitur detracto aere alieno .... oportet eum primo solvere debita". Vgl. ferner Roffredus und Durantis l. c.

[26]) nr. 42.

[27]) „In hoc tamen non est heres ... Item quantum ad hoc, ut non possit vendere vel distrahere". Er zieht eine römische Quellenstelle an: die nicht im geringsten hierher gehörige l. 9 D. de alimentis vel cibariis legatis 34, 1.

alias enim bene potest, puta ut pecunia in solutione legatorum convertatur, si aliter satisfieri non potest" (Durantis).[28])

War der Nachlass regulirt, so war der Treuhänder berufen, ihn nach den Anordnungen des Testaments zu distribuiren. Die im Testament benannten Destinatäre hatten vom Treuhänder die Ausantwortung ihrer Reichnisse zu erwarten. Ob und mit welchen Mitteln sie gegen ihn die Erfüllung durchsetzen konnten, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern. Wohl aber drängt sich hier die Frage auf, ob und inwieweit sie schon vorher neben ihm eine Rechtsmacht in Bezug auf die ihnen im Testament zugedachten Gegenstände hatten, wenn diese individuell bestimmte körperliche Sachen oder Forderungen waren. Bei der langobardischen Vergabung zu getreuer Hand war davon keine Rede gewesen. Einzig und allein aus der getreuen Hand hatten sie jene Gegenstände erwerben können. Vor der vom Treuhänder als einem wahren Zwischenmann vollzogenen Uebertragungshandlung hatte kein Rechtsband sie mit dem geschenkten Gut verknüpft. Das war in Folge der Einführung des römischen Testamentsrechtes, wie oben angedeutet (§ 22 S. 170), anders geworden. Jetzt erwuchs ihnen als Legataren an den vermachten Sachen oder Forderungen des Nachlasses Eigenthum oder Gläubigerrecht unmittelbar ohne eine Uebertragungshandlung des Distributors. Ihre Rechtsmacht begegnete sich mit der die Vertretung des ganzen Nachlasses in sich schliessenden Rechtsmacht des Distributors. Nach der Formel „distributor est loco heredis" musste die Lösung dieselbe sein, wie im Verhältnis der Legatare zum wahren Erben, d. h. sie durften nicht eigenmächtig, ohne Bewilligung des Treuhänders, sich in den Besitz der Sachen setzen oder von ihrem Gläubigerrecht gegen die Erbschaftsschuldner Gebrauch machen. Wohl aber konnten sie vindiciren, wenn der Distributor die im fremden Besitz befindlichen Sachen seinerseits zum Nachlass zu ziehen unterliess oder gar sie aus dem Nachlass heraus zu Unrecht an fremde Personen veräussert hatte.[29])

[28]) nr. 31. Vgl. Jacobus de Arena nr. 18: „potest ad instar procuratoris habentis liberam et generalem administrationem". In Stat. di Pisa v. 1233 wird die Befugnis zu „alienationes bonorum defuncti, quas fieri opportet" (S. 762) vorausgesetzt.

[29]) Vgl. Dernburg, Pand. III § 99 Ziff. 1 u. § 112 Ziff. 1.

Richtig sagt Hostiensis:[30]) „Sed quid si legatarius dicat ... executoribus quod agant contra illum qui iniuste tenet id quod relictum est. Et executores nolunt hunc laborem subire? .... Si ... (sc. testator) legavit rem suam propriam, a quocunque possideatur, ... transit dominium ad legatarium. Vendicet ergo ipsam legatarius."

Schwierigkeit bereitete der Doktrin die Frage: Kann der Distributor bei Ausübung seiner Befugnisse sich eines Stellvertreters (procurator) bedienen? Zwar das erschien nicht zweifelhaft, dass er im Stande war, die Ausfolgung der von ihm bezeichneten Gegenstände oder Summen an die von ihm bezeichneten Destinatäre durch einen Anderen (als Gehülfen) vollziehen zu lassen, und ebensowenig war darüber zu streiten, dass er, wo ihm freier Spielraum für die Bestimmung der Destinatäre gelassen war, diese Bestimmung nicht dem Arbitrium eines Anderen überlassen konnte.[31]) Wohl aber waren die Ansichten darüber verschieden, ob er in der Lage wäre, einen procurator ad agendum für die Anstellung der von ihm zu erhebenden Klagen zu bestellen. Dieser Streit rührte die Grundfrage auf: Klagt der Distributor suo nomine oder klagt er selbst als Stellvertreter, procurator? Denn letzterenfalls hielt man ihn ausser Stande, ohne Ermächtigung des Geschäftsherrn einen Substituten ad agendum anzunehmen.[32]) Durantis[33]) weist auf das Hauptargument gegen die fragliche Befugnis hin, dass nämlich der Distributor „non sit commodum habiturus" und deshalb „propria caussa dici non potest", und berichtet uns über eine Ansicht, welche aus der für das Klagerecht des Distributors massgebenden c. 28 C. 1, 3 entnehme, dass ihm dieses Recht „non suo nomine seu ex sua persona, sed illorum, inter quos distribuendum est", zustehe.[34]) Er selbst aber entscheidet sich für das Klagerecht suo nomine hauptsächlichlich auf Grund der Formel: „commissarius est loco haeredis".[35]) Im Ergebnis damit übereinstimmend, sucht

[30]) in cap. 17 X h. t. ad verb. „que per manus eorum".

[31]) Durantis nr. 25.

[32]) Vgl. l. 8 § 3 D. mandati vel contra 17, 1 u. l. 4 § 5 D. de appellationibus 49, 1.

[33]) nr. 25.

[34]) Die c. 28 cit. gestattet allerdings solchen Schluss (oben § 22).

[35]) Ebenso Petrus de Unzola in seinen Additionen zu Rolandinus, Ausg. v. 1478 fol. 36 col. 1: „sed nunquid commissarius poterit ante litem

Jacobus de Arena, der jedoch, wie oben erwähnt, das Klagerecht nur dem commissarius ad pias causas zugesteht, jenes Hauptargument der Gegner durch die — mehrfach bei ihm wiederkehrende — charakteristische Wendung zu entkräften: „propter lucrum quod sentit in pie agendo procuratorem constituit“.[36]) Er meint also: Allerdings, die Parteistellung setzt ein „commodum, lucrum,“ ein eigenes Interesse voraus, ein solches liege aber hier vor, es liege in der Befriedigung, die der Distributor darin finde, dass er bei der Ausrichtung des vom Testator gewollten frommen Werkes thätig sei. In diesem Gedanken ist ein gesunder juristischer Kern zu erblicken. Das eigene Interesse braucht nicht immer ein eigenes Vermögens-Interesse zu sein. Es kann sich auch einmal erschöpfen in dem Interesse an der Erfüllung einer Rechtspflicht, der man durch Führung des Prozesses nachkommt, während der erstrebte wirthschaftliche Erfolg für eine andere Tasche bestimmt ist, ein Anderer das Vermögensinteresse am Ausgang des Prozesses hat.[37])

Mit Rücksicht darauf, wie überhaupt auf die ganze oben geschilderte Ausgestaltung seiner Rechtsmacht, ist also für den Distributor omnium des romanisirten Rechts ganz ebenso, wie dies für den langobardischen Treuhänder zu geschehen hatte (oben § 9), der Gedanke, dass er in fremdem Namen, als Stellvertreter handle, mit Entschiedenheit abzuweisen. Auch er ist selbständiger Rechtsträger — darin bewährt sich fortdauernd das Moment der Fiducia (oben § 13) —, auch er ist, gleich dem wahren Erben, Eigenthümer des Nachlasses. Sein Eigenthum ist durch die Zweckbestimmung beschränkt, um deren Willen der Nachlass in seiner Hand einer besonderen Verwaltung

contestatam in casibus in quibus competit actio procuratorem facere? quidam dicunt quod non sicut nec tutor nec curator nec etiam procurator. Alii tamen dicunt quod potest quia non alieno nomine prorsus agit sed quodammodo suo et suam actionem habet per quam distribuenda petit“.

[36]) l. c. nr. 17; vgl. nr. 15: „nam et tunc lucrari videtur ex isto tali relicto scil. in pie distribuendo“, ähnlich nr. 14. — Nach dem Breve Pisani communis v. 1286 (Bonaini I p. 248) können die Minoriten und Predigermönche trotz ihrer Mönchqualität „fideicommissarii et distributores bonorum et iudiciorum defunctorum“ sein und „per se et eorum procuratores vel sindicos petere et exigere de bonis et bona defunctorum“.

[37]) So bezüglich des Konkursverwalters O. Fischer, Recht- und Rechtsschutz (Bekker u. Fischer, Beiträge, Heft 6) S. 45 und nun auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 29 S. 36.

unterliegt, zum Sondervermögen wird. Die Beschränkung wirkt gegen Dritte. Die Belege, die in dieser Hinsicht aus der Litteratur und dem Quellenmaterial unserer Epoche (1150 bis Durantis) im folgenden Paragraphen für die Spezialexekution beigebracht werden sollen, haben volle Beweiskraft auch für die Universalexekution, da ja insofern zwischen beiden Fällen kein Unterschied besteht. Gegenstände des Nachlasses, die der Distributor durch Veruntreuung an Dritte bringt, können also diesen wieder entrissen werden. Ob durch dingliche Klage, wie im langobardischen Recht (oben §§ 10, 11), könnte freilich bei der Abneigung des römischen Rechts gegen ein bedingtes oder betagtes Eigenthum zunächst zweifelhaft erscheinen.[38]) Es ist indessen daran zu erinnern, dass das römische Recht der (späteren) Kaiserzeit an manchen Punkten zu einem ähnlichen Ergebnis vermittelst gesetzlicher Veräusserungsverbote gelangt ist: so zur Sicherung der Dos[39]) und der Vermächtnisse, insbesondere auch des Universalfideikommisses.[40]) Gerade dem letzteren ist unsere Universalexekution nahe verwandt. Römisch gedacht, lässt sich jetzt, wie dort gegenüber dem Fiduciarerben, so hier gegenüber dem Universalexekutor ein gesetzliches Veräusserungsverbot mit absoluter Wirksamkeit unterstellen, dergestalt, dass jede nicht in den Rahmen der Verwaltung und Distribution fallende Veräusserung — „aliis usibus applicare" im Sinne des cap. 17 X. h. t. — nichtig ist und das so Veräusserte gegen den Dritterwerber vindicirt werden kann. Nach allem ist anzunehmen, dass auch im romanisirten Recht die Zweckbeschränkung als dingliche Eigenthumsbindung sich erhalten hat.

Nur in Bezug auf die Frage des Rückfalls hat sich die Lage, wesentlich auch in Folge der kanonischen Rechtsbildung,

[38]) Waren im Testament individuell bestimmte Nachlasssachen bestimmten Vermächtnisnehmern zugedacht, so hatten diese gegen Dritte, an die der Universalexekutor in Verkennung seiner Pflicht jene Sachen veräussert hatte, das Vindikationsrecht kraft ihres, unmittelbar durch das Testament erlangten Eigenthums (oben S. 179). Hier kam es auf die im Text behandelte Frage garnicht erst an.

[39]) tit. D. de fundo dotali 23, 5; c. 30 C. de iure dotium 5, 12.

[40]) c. 3 §§ 2—4 C. communia de legatis 6, 43. Dazu Dernburg, Pand. III § 120; Windscheid, Pand. III § 648 Ziff. 4 und § 665[8] verb. mit I § 172 a.

gegen früher einigermassen verschoben. Zwar kehrt in einem Falle das Gut nach wie vor zur Geberseite, zu den Erben des Testators, zurück, dann nämlich, wenn der Zweck, der ihm im Testament gesetzt war, unerfüllbar geworden ist. „Quaeritur quis debeat — sagt Petrus de Boateriis[41]) — habere legata, quae legatarii non recipiunt, an commissarii, an haeredes testatoris? certe dico quod haeredes testatoris debent habere. Nam commissarii non debent aliquod lucrum ex eorum officio sentire." Dagegen hat ein der Anordnung des Testators zuwiderlaufendes Verfahren des Distributors, namentlich die Veräusserung des Gutes an einen unberufenen Dritten, nicht mehr, wie im langobardischen Recht, die gleiche Wirkung. Das Gut wird dadurch nicht von der Zweckbestimmung frei und dem gewöhnlichen Erbgang erschlossen. Es bleibt auch dann dem durch den letzten Willen gesetzten Zweck erhalten; das Vindikationsrecht kommt den zur Verwirklichung des letzten Willens berufenen Organen zu. Ja man wird jetzt nicht einmal das Eigenthum des Distributors in solchem Falle als ohne Weiteres verwirkt betrachten, vielmehr diese Folge erst an eine durch Richterspruch oder Verwaltungsakt der Behörde vollzogene[42]) Absetzung knüpfen dürfen. Die das Eigenthum des Distributors beschränkende Resolutivbedingung ist jetzt nicht mehr auf die zweckwidrige Veräusserung, sondern auf die Absetzung gestellt. So lange diese nicht erfolgt ist, kann und soll — wenn nöthig angetrieben durch die Obrigkeit — der Distributor selbst das zu Unrecht vergebene Gut vindiciren und dadurch rem integram schaffen. Erst, wenn der Fall, was natürlich nicht bei jeder Zweckverletzung geschehen muss, zur Absetzung geführt hat, erwirbt die Obrigkeit oder der von ihr an die Stelle des Treuhänders Gesetzte Eigenthums- und Vindikationsrecht.[43])

---

[41]) l. c. nr. V 6 (p. 96).

[42]) Sie braucht aber nicht formell und ausdrücklich ausgesprochen zu sein. Es genügt auch, wenn die Behörde von sich aus einen den Distributor verdrängenden Verwaltungsakt vorgenommen hat. Vgl. oben § 20 N. 24.

[43]) Durantis nr. 1: „qui (sc. executor) si sic monitus nolit exequi, perdit lucrum, quod ex ipsa ultima voluntate habiturus erat; et tam illud lucrum, quam etiam relictum, quod per eum distribuendum fuerat, cum fructibus et augmentis medii temporis episcopus vendicabit".

Diese Ausführungen erleiden eine Einschränkung insoweit, als Spezieslegate zu Gunsten bestimmter (nicht erst vom Distributor zu bestimmender) Personen vorliegen. Denn, da diese hier an den ihnen vermachten Gegenständen von vorn herein und unabhängig vom Distributor Eigenthum erwerben, so kann der letztere in keinem Augenblick daran Eigenthum haben. Es steht ihm insoweit nur eine erbrechtlich-dingliche Dispositionsgewalt an fremder Sache zu. Sie entspricht einerseits der Dispositionsgewalt des Erben über die in gleicher Weise vermachten Nachlasssachen gleicher Beschaffenheit (rei petitio gegen Dritte, interdictum quod legatorum gegen den Legatar, Recht zur Veräusserung, wenn die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger es nöthig macht). Sie ist andererseits genau nach den nämlichen Grundsätzen, wie das Eigenthumsrecht des Treuhänders, durch den Zweck der Testamentsexekution (Durchführung des letzten Willens) beschränkt und bedingt.

## § 24.
## Der Vollzieher einzelner letztwilliger Bestimmungen und sein Verhältnis zu den Erben.

Wie früher, so war auch jetzt der Fall häufig, dass der Erblasser nur einzelne Theile seines Nachlasses oder seines letzten Willens unter die Obhut eines Treuhänders stellte. So fast regelmässig die Seelgiften, mochten sie nun bestimmte Nachlasssachen (z. B. Grundstücke, werthvolle Mobiliarstücke) zum Gegenstand haben oder als Summenvermächtnisse dem Nachlass aufgelegt sein.[1]) Oder die Schuldentilgung oder die Restitution der malé ablata, d. h. dessen, was der Erblasser bei Lebzeiten

---

[1]) Vgl. die Citate oben § 22 N. 17, ausserdem das zweite Testamentsformular — nr. CIII — des Rainerius de Perusio a. a. O. und die Forma testamenti conditiones et dispositiones varias continentis des Rolandinus a. a. O., endlich noch Chart. II 507 (1157), 601 (1158), 605 (1158). Vgl. auch die von Rainerius de Perusio als Notar 1238 in Bologna abgefasste Urkunde in dem Appendix zu seiner Ars notaria ed. Gaudenzi nr. V (a. a. O. S. 71): „commissarii . . . specialiter ad . . . domum vendendam et pretium ipsius pro eius anima persolvendum".

dem kirchlichen Verbote zuwider an Zinsen oder sonst zu Unrecht Anderen abgenommen hatte.[2]) Hier konnte nicht die Rede sein, den Treuhänder „loco heredis" zu behandeln. „Porro si sit executor — sagt Durantis[3]) — non ad omnia sive non universalis, sed aliquorum bonorum tantum et in testamento sit haeres institutus, tunc indubitate talis non habetur loco haeredis." Denn hier waren wahre Erben vorhanden, die sich nicht verdrängen liessen: Testamentserben oder — beim Intestatkodizill — Intestaterben.[4]) Diese hatten den Erblasser im vollen Bereich seiner Rechtsmacht zu repräsentiren. Auch das Theilgebiet, in dem der Treuhänder zu wirken hatte, war ihrer universellen erbrechtlichen Gewalt grundsätzlich nicht verschlossen. Der Treuhänder war also hier nicht, wie nach langobardischem Recht, Alleinherrscher auf seinem Gebiete. Es bedurfte, wie dies bereits oben (§ 22) angedeutet ist, einer Grenzregulirung zwischen seiner und der Erben Rechtsmacht.

Nach römischem Recht gilt das Prinzip: Das Testament wird hinfällig (destitutum), wenn der eingesetzte Erbe nicht Erbe wird, also insbesondere dann, wenn er die Erbschaft nicht antritt;[5]) folglich ist der Erwerb irgend eines Rechts aus dem Testament durch den Antritt der Erbschaft seitens des heres

---

[2]) Vgl. Formularium tabellionum ed. Palmieri Lib. I (S. 48) u. die in voriger Note citirte Forma des Rolandinus: „In primis quidem disposuit, voluit et mandavit, quod omnia a se accepta et habita per usurariam pravitatem aut aliam quamcunque illicitam et indebitam exactionem seu retentionem restituantur et solvantur . . . ."; Durantis nr. 73 sieht in der Ermächtigung „ad fortisfacta emendanda" auch die Ermächtigung zur Tilgung der beim Tode des Testators bereits fälligen Schulden. Vgl. Fantuzzi, Monum. Ravenn. III 32 (1178). In Chart II 601 (1158) legt die Erblasserin in erster Linie den eingesetzten Erben (Söhnen) die Pflicht zur Bezahlung der näher angegebenen Schulden auf; für den Fall, dass sie sich der Erfüllung dieser Pflicht, entziehen sollten, wendet sie ihnen nur den Pflichttheil zu und ermächtigt die Kommissarien, den Nachlass zu versilbern und daraus die Schulden zu tilgen.

[3]) nr. 28.

[4]) Dur. n. 32: „Quid si non ad universa, sed dumtaxat ad aliqua bona eroganda, haerede ex testamento vel ab intestato succedente, constitutus est . . ."; ähnlich nr. 73.

[5]) l. 9 D. de testamentaria tutela 26, 2: „Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt".

institutus bedingt. Die Anwendung dieses Prinzipes auf unseren Treuhänder würde dazu führen, auch die Entstehung seiner Befugnisse von dem Eintritt jenes Ereignisses abhängig zu machen — ein Ergebnis, welchem nach des Durantis[6]) Bericht Ubertus de Bobio ausdrücklich zugestimmt hat. Die italienische Praxis ist darin sicher nicht nachgefolgt. Konnte das Testament des Mittelalters von vornherein ganz der Erbeseinsetzung ermangeln, so war es auch nicht in seinem Bestande mit der darin etwa ausgesprochenen Erbeseinsetzung verknüpft. Ferner war, wie wir oben (§ 23 N. 15) bemerkt haben, die römische Lehre von dem Erbschaftserwerb durch aditio hereditatis in den meisten Gegenden überhaupt nicht rezipirt worden. Und endlich hätte das Ergebnis schlecht gepasst zum kanonischen Recht mit seiner Werthschätzung der Seelgiften und seinem Bestreben, dem letzten Willen nach Möglichkeit Geltung zu verschaffen. Der Spezialexekutor erwarb daher — die Möglichkeit freilich nicht ausgeschlossen, dass trotz alledem eine dem römischen Recht sich nähernde Regelung hier und da Eingang fand — ebenso, wie der Universalexekutor, die für ihn bestimmten Rechte unmittelbar aus dem Testament, unabhängig von dem Erwerb der Erbschaft seitens des eingesetzten Erben.[7]) Nur durfte er natürlich nicht der Regulirung des Nachlasses vorgreifen, sondern musste die Entscheidung der Frage, ob jemand und wer endgültig Erbe geworden, abwarten.

War ein Erbe vorhanden, so hatte der Exekutor gegen ihn ein klagbares Forderungsrecht auf Hergabe der zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Mittel aus dem Nachlass. Hier taucht dieselbe Streitfrage auf, die uns oben in Ansehung des Universalexekutors begegnet ist: ja sie wird von den Schriftstellern gerade in Bezug auf den Spezialexekutor und sein Verhältnis zum Erben in erster Linie erörtert. Für die Be-

---

[6]) nr. 61.

[7]) Durantis nr. 60, 61 entscheidet sich nicht in bestimmter Weise, theilt uns aber unter Anderem auch eine Ansicht mit, wonach Exekutor oder Legatare im Falle, dass der eingesetzte Erbe nicht antreten wolle, gegen diesen oder jeden sonstigen Besitzer des Nachlasses klagen könnten, „ut tradat vel solvat eis singula legata“. Vgl. dazu die Additionen des Joannes Andreae ad verb. „posse“ u. „a Titio“.

jahung des Klagerechts bei Bestimmungen ad pias causas müssen wiederum die c. 28 und 48 (49) C. 1, 3 sowie die Nov. 131 herhalten. Bei den übrigen unter die Obhut des Exekutors gestellten Verfügungen des Erblassers vermag man dagegen über die l. 80 (78) § 1 D. ad sc. Trebellianum 36, 1 nicht hinwegzukommen. Diese unterstellt den Fall: Jemand hat den von ihm zu Erben eingesetzten Söhnen als Fideikommiss aufgelegt, den ganzen Nachlass pro deposito zwei bestimmten Vertrauensmännern einzuhändigen, damit er von diesen aufbewahrt und den Enkeln des Erblassers bei Vollendung des 25. Lebensjahres herausgegeben werde. Da hier den Vertrauensmännern die Klage gegen die Erben aus dem Fideikommiss abgesprochen wird, so glauben unsere Legisten und Kanonisten das Gleiche für die Testamentsexekutoren ad non pias causas annehmen zu müssen. Sie finden, wie bei jenen, so bei diesen den Grund darin, dass sie blosse ministri,[8]) Durchgangspersonen seien, keinen eigenen Vortheil (commodum) zu verfechten hätten (vergl. oben § 23 S. 180). Hieraus entnehmen sie andererseits wieder ein Mittel, um den Ueberlieferungen des alten Rechts und den Bedürfnissen der Praxis einigermassen entgegenzukommen. Wenn der Erblasser nur das Geringste dem Testamentsexekutor selbst für die eigene Tasche ausgesetzt hat,[9]) dann ist dieser nach ihrer Ansicht nicht mehr blosser minister, sondern „minister et legatarius“ und soll Alles (!), was das Testament an Gegenständen oder Geldbeträgen unter seine Verfügung stellt, gegen den Erben einklagen können. Ja sogar, wenn der Erblasser das nicht will, soll er doch im Stande

---

[8]) Vgl. l. 17 pr. D. de legatis II.

[9]) Das ist die Ausnahme Beispiele dafür: Chart. I 550 (1170: „Singuli autem istorum trium dominorum 5 solidos sibi retineant“); Fantuzzi, Monum. Ravenn. II 129 (1313: „Item relinquo Domino Presbitero Guidoni pro suo labore 20 sol.“); Verci nr 1461 (1348) [Citat oben S. 165 N. 15]. Vgl. oben § 14 N. 17. Odofredus, Lectura in c. 28 C. 1, 3 (fol. 29 v col. 2): „apud nos regulariter non invenietis testamentum quin testator relinquat fideicommissariis“. Wo der Testator solches nicht ausdrücklich festgesetzt hat, giebt es keine Vergütung für den Treuhänder: Hostiensis, Lectura in cap. 17 X h. t. ad verb. „aliis usibus“. Das Pisaner Stadtrecht von 1233 bestimmt aber für denjenigen, welcher an Stelle des fehlenden oder weggefallenen Exekutors bei Nichteinschreiten des Bischofs seinerseits freiwillig der Aufgabe der Exekution sich unterzieht, die „vigesima pars relicte quantitatis vel rei“ (a. a. O. S. 764 a. E.).

sein, durch ausdrückliche Ermächtigung[10]) dem Exekutor das Klagerecht zu verschaffen. Liege aber keine dieser beiden Ausnahmen vor, so müsse sich der ad non pias causas bestellte Treuhänder gedulden, bis der Erbe freiwillig ihm das für die Exekution Nöthige gewähre oder bis von den materiell Bedachten, den endlichen Destinatären, ihm zur Anstellung der Vermächtnisklage gegen den Erben Vollmacht ertheilt werde.[11]) Dass es dieser Doktrin mit ihren gekünstelten Distinktionen und Exceptionen nicht gelungen ist, im Rechtsleben Wurzeln zu schlagen, ist mehr als wahrscheinlich. Das oft erwähnte Pisaner Stadtrecht[12]) weiss ebenso wenig, wie beim Universalexekutor,[13])

[10]) Durantis nr. 12 giebt für diese Ermächtigung ein Formular, das von Beseler, Ztschr. f. d. R. 9 S. 158 [17] abgedruckt ist. Es spricht dem Exekutor die Befugnis zu: „exigendi, petendi et recipiendi ab haeredibus . . . sufficientem et integram pecuniam pro praedictis . . . exequendis: et contra eos habeat caussam agendi et ipsos cum effectu conveniendi“ und gemahnt mit dem sich anschliessenden Passus: „alioquin (wenn die Erben nicht freiwillig leisten) poenae nomine eos damnavit (sc. testator) in decem, ipsi executori proprio nomine recipienti legati nomine applicandis . . . et praedicta . . . nihilominus executioni mandari praecepit“ an die oben in § 15 Ziff. 2 und § 16 besprochenen Strafklauseln des langobardischen Rechts. Vgl. ein weiteres ähnliches Formular bei Durantis l. c. § 12 Compendiose (Ueberschrift: „Testamenta qualiter impugnentur“) nr. 36 (S. 326 Sp. 1.): „Liceat quoque eis agere et facere procuratorem et actorem, qui contra haeredes meos agat, ad omnia, quae dicta sunt, exequenda: et ad poenam testamenti petendam et damna et expensas a meis haeredibus exigendas“. — Nicht mit Unrecht macht Joannes Andreae in seinen Additionen zu Durantis nr. 12 verb. „testamenti“ und nr. 16 verb. „Titio decem“ der Lehre den Vorwurf der Inkonsequenz. Habe der Exekutor gegen die Erben keine Klage, so könne das auch der Testator nicht ändern. Nur, wenn der Exekutor wirklicher Legatar mit der Auflage der Restitution des Ganzen sei, sodass er bei Wegfall des endlichen Destinatärs die Zuwendung für sich gewinne, dürfe man ihm das Klagerecht zusprechen.

[11]) Die Lehre, wie sie im Text vorgetragen ist, wird vertreten von Innocentius IV in cap. 19 X h. t. „suis propriis creditoribus“, der Glossa ordinaria in c. 28 C. 1, 3 „licentiam“ und in l. 78 (80) § 1 D. 36, 1 „non posse“, Odofredus in c. 28 C. 1, 3 (fol. 29, 29 v), Jacobus de Arena l. c. nr. 14, Durantis nr. 12, 16, Petrus de Unzola l. c. fol. 34 col. 2, Petrus de Boateriis l. c. nr. IV (p. 95).

[12]) Hat es auch zunächst die Klagen gegen dritte Besitzer im Auge (unten N. 25), so muss doch das Gleiche — die unterschiedslose Behandlung — erst recht für das Verhältnis des Exekutors zu den Erben gelten.

[13]) oben § 23 N. 22.

hier etwas von allen diesen Unterscheidungen; desgleichen die Statuten von Venedig aus dem Jahre 1242.[14]) Ein Kontumazialurtheil des geistlichen Gerichts zu Ravenna von 1289[15]) erkennt denn auch auf die Klage der Testamentsexekutoren eines gewissen Saracenus de Anuestis gegen dessen Erben bezw. Erbeserben in Gemässheit des Testaments auf Zahlung von 1150 Pfund Geldes, ohne dass auf die Art der vom Testator gesetzten Verwendungszwecke, ob piae causae oder nicht, irgendwie hingewiesen wird. Das Richtige trifft wiederum[16]) Hostiensis, wenn er sich von den römischen Quellenstellen freimacht und unter Berufung auf die sich offenbar an die Praxis anlehnenden kanonischen Satzungen dem Testamentsvollzieher ganz allgemein, mit Einschluss aller Fälle der Spezialexekution, das Klagerecht gegen den Erben einräumt.

Jeder Exekutor konnte also nach dem in Wirklichkeit geltenden Recht die für die Durchführung seiner Aufgabe nöthigen Objekte[17]) vom Erben aus dem Nachlass herausverlangen. Er musste aber auch an den Erben sich halten, durfte ihn als den Repräsentanten des Erblassers und den Verwalter und Liquidator des Gesammtnachlasses nicht übergehen, nicht sich eigenmächtig in den Besitz von Nachlasssachen setzen.[18]) Andererseits sollte er gegen schädliche Unterlassungen oder widerrechtliche Verfügungen des Erben nicht weniger, als ein Vermächtnisnehmer, geschützt sein. Die Doktrin schrieb ihm daher das von Justinian in c. 1 C. communia de legatis 6, 43 dem Legatar gewährte stillschweigende, gesetzliche Pfandrecht

[14]) III 62 und VI 50.

[15]) Fantuzzi, Monum. Ravenn. IV 140.

[16]) Oben S. 177. Vgl. auch Hostiensis, Lect. in cap. 17 X h. t. „que per manus eorum“: „Possunt autem tales (executores) tam contra heredes quam alios actiones movere“.

[17]) So konnte z. B. auch der zur Sorge für die Schuldentilgung berufene Exekutor vom Erben nicht blos die direkte Zahlung an die Gläubiger, sondern anstatt dessen die Hergabe der erforderlichen Geldmittel an ihn (den Exekutor), damit er seinerseits zu zahlen im Stande sei, im Klagewege erwirken. Durantis nr. 73: „possit agere contra haeredem, ut solvat vel sibi pecuniam tradat ad solvendum“.

[18]) Durantis nr. 57 a. E.: „Item dicunt quidam, quod propria auctoritate potest accipere res legatas . . . . Argument. tamen contra quod non possit, nisi sibi tradantur“. Unrichtig aber ist es, diese Lösung, wie Durantis es thut, auch auf den Universalexekutor (oben § 23) zu erstrecken.

an allen Nachlasssachen, also die actio hypothecaria utilis zu,[19]) während die Statutarrechte, noch an dem germanischen Grundsatze der Spezialität des Pfandrechts festhaltend, hierin nicht überall nachfolgten. „Si tamen fuerit specialis fideicommissarius — heisst es im Pisaner Stadtrecht nach der Redaktion von 1248 — ad quantitatem certam distribuendam relictus eius arbitrio, appareat heres (soll der Erbe als Kläger gegen dritte Besitzer auftreten), et non talis fideicommissarius possit agere ypothecaria contra detemptatorem bonorum defuncti."

Wie die Formulare in den Werken über die Notariatskunst[20]) zeigen, konnte aber in der That durch eine besondere Klausel des Testaments der Spezialexekutor gegenüber dem Erben ganz unabhängig gestellt werden. Der Testator konnte dem ersteren eine unmittelbare, offenbar dingliche Gewalt über den Nachlass zu dem Zwecke und mit dem Erfolge zuwenden, dass er beliebige Stücke daraus sofort „sua authoritate", ohne erst gegen den Erben vorgehen zu müssen, nach seiner freien Wahl an sich zu ziehen, sie zu versilbern und den Erlös zur Ausrichtung der ihm übertragenen Aufgaben zu verwenden befugt war. Hier sollte also im Interesse schleuniger und ungestörter Durchführung der angeordneten Spezialexekution der Erbe ganz abseits bleiben.[21]) Nur erhob sich die Frage,

[19]) Jacobus de Arona nr. 16: „Sed nunquid huic commissario dabitur actio contra rem defuncti in extraneum possessorem? . . . Si vero aliquis esset scriptus heres: tunc ageret (sc. commissarius) hypothecaria utili, que competit occasione legatorum". Durantis nr. 17.

[20]) Formularium tabellionum ed. Palmieri, Lib. III (S. 91 f.); Rainerii de Perusio ars notaria nr. CII; Rolandini summa artis notariae, cap. VIII, Forma testamenti conditiones etc.: „dans eis et cuilibet eorum plenam licentiam et liberam potestatem, ut sine contradictione haeredum eius (sc. testatoris) aut alterius personae possint sua authoritate de bonis ipsius testatoris et de quibus ipsi voluerint vendere, alienare et obligare pro praedictis restitutionibus faciendis et dictis legatis animae — es handelt sich nur um Geldlegate — solvendis et pro praedictis omnibus et singulis exequendis". Vgl. das entsprechende Verkaufsformular bei Rolandinus, cap. I, Venditio facta a commissariis (l. c p. 92).

[21]) Vgl. die charakteristische Testamentsurkunde Fantuzzi, Monum. Ravenn. III 32 (1178): „instituo fideicommissarios meos . . . ad dandum et distribuendum post meum obitum pro anima mea de meis bonis 200 lib. Luc. . . . et pro predictis 200 libris inveniendis habeant . . . fideicommissarii mei plenam potestatem si postumum masculum habuero ponendi in pignus

ob ihm wenigstens der Verkauf rechtzeitig zu denunziren war, eine Frage, die Petrus de Unzola[22]) unter der Voraussetzung, dass der Testator keine abweichende Bestimmung getroffen, für das Bologneser Stadtrecht bejaht.[23])

Anders, als die bisher besprochenen, lagen die Fälle, in denen dem Exekutor individuell bestimmte Objekte des Nachlasses für seine Aufgabe im Testament zugewiesen waren.[24]) Waren es körperliche Sachen, so hatte er darauf, neben der persönlichen Klage gegen den Erben, eine actio in rem.[25]) Waren es Erbschaftsforderungen, so hatten diese für ihn mit Rücksicht auf das damals geltende kanonische Zinsverbot nicht schon als angelegte Kapitalien ihren Werth. Er hatte vielmehr nur an den geschuldeten und durch Einziehung zu erbringenden Vermögenswerthen selbst ein Interesse. Es begreift sich daher, dass man in Ansehung der Klage aus dem Forderungsrecht dem Erben die Priorität liess und nur, falls dieser nicht klagen wollte, also subsidiär, dem Exekutor die actio gab.[26]) Andererseits war der Erbe nach des Durantis[27]) Ansicht gegenüber

---

tantum de meo . . . qui (= ut) tollant inde 200 lib. Luc. Si femina fuerit (nämlich das etwa nachgeborene Kind), habeat (= aut) plenam potestatem vendidi (= vendendi) tantum de meo quod accipiant inde 200 lib. Luc.".

[22]) l. c. fol. 36 v col. 2: „urbanum tamen erit denunciare. De statuto tamen civitatis bononien. hoc expeditum est quia commissarii habent necesse denunciare per tempus in dicto statuto terminatum".

[23]) Die Rechtsmacht des Spezialexekutors nähert sich hier, da sie sich zunächst über den ganzen Nachlass erstreckt, stark der im folgenden Paragraphen zu berührenden Rechtsmacht des Universalexekutors, der einen Erben neben sich hat.

[24]) Vgl. z. B. Formularium tabellionum ed. Palmieri, Lib. I (S. 48): „Nos . . . commissari condam Gai, quia debito tali tenebatur, iussit in suo testamento vineam suam de Muratellis vendi et domum talem", ferner die oben in N. 1 citirte Bologneser Urkunde von 1238.

[25]) So Pisaner Stadtrecht v. 1233 (a. a. O. S. 758), freilich unter Ertheilung eines Vorzugsrechtes an die schliesslichen Destinatäre (vergl. unten S. 198); Durantis nr. 17, dieser natürlich gemäss der oben dargestellten Doktrin lediglich für den „minister et legatarius", d. h. den Exekutor, der dabei auf Grund des Testaments einen, wenn auch nur ganz unbedeutenden, eigenen Vortheil verficht.

[26]) Durantis nr. 23, der als Gewährsmänner Azo, Ubertus de Bobio, Roffredus und Bulgarus anführt.

[27]) nr. 38.

dem Exekutor nicht zur Klage verpflichtet: er hatte nur auf Verlangen den Uebergang des Einziehungsrechtes noch durch formelle Cession an den Exekutor zu bekräftigen. Dass allerdings dem letzteren durch ausdrückliche Vorschrift des Testaments auch allein, unter Ausschluss des Erben, die potestas exigendi zugewendet werden konnte, lässt sich nicht bezweifeln. Soweit nach alledem das Einziehungsrecht des Treuhänders reichte, war auch der Erbschaftsschuldner im Stande, durch freiwillige Zahlung an ihn sich seiner Schuld zu entledigen.[28])

Hiernach konnten die verschiedensten Berechtigungen, dingliche — obligatorische, dem Spezialexekutor zustehen. Es waren im Grossen und Ganzen dieselben, wie sie uns schon im langobardischen Recht begegnet sind. Nur war die Verschiedenheit der ehedem aus zerstreuten Theilen des Sachen- und des Schuldrechts hergeholten Begründungsformen gewichen vor der nunmehr in der einseitigen testamentarischen Anordnung gegebenen einheitlichen Erbrechtsform. Und es waren damit namentlich auch die Schwierigkeiten fortgefallen, die früher mit einer obligatorischen Bindung der Erben gegenüber dem Treuhänder verbunden gewesen waren (oben § 15 Ziff. 2). Dies bewirkte eine Verlegung des Schwerpunktes von der dinglichen nach der obligatorischen Seite. Hatte man vormals in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle dem Treuhänder bestimmte Nachlasssachen, sehr oft mit dem Auftrag, sie zu versilbern, überwiesen,[29]) so waren jetzt die Fälle häufiger, in denen man dem Nachlass die Zahlung von Geldsummen an den Exekutor auflegte, wenn auch freilich solcher Geldforderung nicht selten eine dingliche, zur Sicherung dienende Gewalt in der oben beschriebenen Weise beigeordnet wurde.

---

[28]) Dies ist auch die Meinung des Durantis nr. 36, die von Beseler a. a. O. S. 218 [144] nicht richtig wiedergegeben wird.

[29]) Natürlich kamen solche Fälle auch jetzt vor. Vgl. das oben N. 24 citirte Verkaufsformular im Formularium tabellionum ed. Palmieri, die Verkaufsformulare in der Ars notaria des Rainerius de Perusio nr. LIV u. LV, ferner die oben N. 1 citirte Urkunde aus der Feder des Rainerius und das Beispiel bei Durantis nr. 32: „Tale praedium pro anima mea relinquo, volens et praecipiens illud vendi et pretium pauperibus dari, et ad hoc exequendum talem facio executorem“.

Im Uebrigen kam hier Alles nach wie vor — im Gegensatz zur Universalexekution (oben § 23) mit ihrer Formel „loco heredis“ — auf die Festsetzungen des einzelnen Testamentes an. Soweit nicht der allerdings benigne zu interpretirende Wille des Testators auf eine Befugnis hindeutete, war sie dem Spezialexekutor zu versagen; die Rechtssphäre des Erben blieb insoweit unberührt. So sollte dies ganz folgerichtig z. B. von der Befugnis zu selbständigen Vergleichen und Kompromissen in den Streitsachen gegen den heres oder den debitor hereditarius,[30]) von der Befugnis zum Anerkenntnis im Prozess[31]) und von dem Recht zum Verkauf der in die Herrschaft des Exekutors gelangten Nachlasssachen[32]) gelten.

Sollen wir nun die Rechtsmacht des Spezialexekutors juristisch bestimmen, so kann es zunächst auch hier nicht zweifelhaft sein, dass sie eine Rechtsmacht in eigenem Namen war. Es gilt Alles, was in dieser Richtung oben (S. 180 f.) für den Universalexekutor dargelegt worden ist. Es wird bestätigt durch die Ausdrucksweise der Notariatsformulare, die z. B. von „omni iure et actione et usu seu requisitione nobis (sc. den Treuhändern) ex ea re competente“ oder von „secundum ius quod habemus“[33]) sprechen. Es wird von den Schriftstellern stillschweigend anerkannt, wenn sie sich in die Behandlung der Frage einlassen, ob der verkaufende Exekutor mit seinem eigenen Vermögen für die Eviktion der verkauften Nachlasssache einzustehen habe.[34]) Es wird namentlich von

---

[30]) Durantis nr. 42.

[31]) Stat. Venet. VI 50: „sancimus, quod commissarii decetero in placitis et questionibus commissariarum suarum non possint aliquam sententiam de voluntate accipere, nec propterea in suis bonis vel commissariarum ad aliquam penam (offenbar ist an die poenae temere litigantium gedacht) cadant“.

[32]) Durantis nr. 32; Jacobus de Arena nr. 18.

[33]) So das Formular nr. LV. des Rainerius de Perusio.

[34]) Die Frage wird natürlich verneint für den Fall, dass der Exekutor die Gewährleistungspflicht nicht ausdrücklich übernommen hat: Petrus de Unzola l. c. fol. 37 col. 1 und Petrus de Boateriis l. c nr. V 9 (p. 96). Vgl. oben S. 114 f. Ein Fall der Uebernahme in Fantuzzi, Monum Ravenn IV nr. 143 (1295).

Durantis[35]) ausdrücklich mit voller Schärfe und durchschlagenden Gründen vertreten. Wenn der Exekutor procurator, sei es auch des Erblassers, wäre, dann könnte er nicht — so sagt der Speculator — „contra haeredem agere, sicut facit, quia haeres et defunctus eadem persona censetur. At absurdum esset, quod contra dominum procurator agere posset.“ Ferner könnte dann „ab haerede eodemque domino eius officium re integra revocari, et sic esset in haeredis potestate, defuncti voluntatem impedire: quod dicere est absurdum, cum ad eam implendam sit ipse cogendus.“[36]) Die Rechtsmacht des Exekutors war also eine selbständige, vom Erben unabhängige. Soweit sie reichte, durfte sich der Erbe nicht einmischen.[37])

Aber sie war im Vergleich mit der Kompetenz des langobardischen Treuhänders inhaltlich beschränkter, insofern sie bei der Romanisirung durch die ihr nunmehr entgegengestellten Erbenrechte (man denke nur z. B. an die Befugnis des Erben, die Nachlassmittel zur Deckung der Nachlassschulden heranzuziehen,) mancherlei Einbusse erlitten hatte. Es handelte sich jetzt darum, gerade diesem Punkt bei Bestimmung ihrer Natur Rechnung zu tragen. Das wurde auch von den Schriftstellern versucht.

---

[35]) nr. 70, worauf bereits Beseler a. a. O. S. 159 hingewiesen hat.

[36]) Mit derselben Schärfe drückt sich Petrus de Unzola aus: „(fol 35 v col. 1) quia non omnino sunt commissarii procuratores, ymo in multis differunt, (fol 35 v col. 2) quia isti commissarii non sunt omnino similes procuratoribus, (fol. 36 col. 1) quia non alieno nomine prorsus agit, sed quodammodo suo et suam actionem habet per quam distribuenda petit.“ Vgl. die ähnliche Wendung bei Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis ch. XII nr. 2. (éd. Beugnot T. I p. 179), wo das klagbare Recht des Testamentsexekutors, vom Erben die saisine des biens zu verlangen, mit den Worten begründet wird: „car mout seroit perilleuse coze se li testament estoient empeecié ou detrié par les oirs de cix qui les testamens font“.

[37]) Vgl. Jacobus de Arena nr. 18, 19, wo die Frage: „Quid si testator relinqueret 100 pro anima sua in dispositione talis, heres vult adesse quando disponit: nunquid debebit?“ verneint wird. Freilich scheint Durantis nr. 62 für den Fall, dass der Erbe sich die Distribution zu Unrecht angemasst und sine executore durchgeführt hat, aus Zweckmässigkeitsgründen die Lösung zu empfehlen: man solle, wenn nur der Erbe „bene ordinavit et distribuit“, vor dem fait accompli sich beugen und nicht von dem Erben eine nochmalige Zahlung oder Tradition (jetzt an den Exekutor) verlangen.

Zumeist nicht mit grossem Erfolge. Denn auf die am eifrigsten[38]) erörterte Frage, ob eine actio utilis, eine actio ex testamento, eine actio in factum, eine condictio ex lege Nulli (28 C. 1, 3) oder eine petitio ex pontificali auctoritate oder ex officio iudicis die passende Klagform wäre, kam im Grunde nicht viel an. Immerhin finden wir Durantis[39]) auf der richtigen Fährte. Er legt an entscheidender Stelle der Konstruktion des ganzen Rechtsverhältnisses den auch sonst für den Aufbau im Einzelnen[40]) verwertheten Gedanken zu Grunde:

„iste est: minister legatarius vel fideicommissarius".[41])

Wie der Universalexekutor die Stellung eines Erben, so hat der Spezialexekutor die Stellung eines Legatars: Er hat das Eigenthum und das Gläubigerrecht des Legatars, also mit dem einem solchen durch die Erbenrechte gezogenen Schranken. Aber er ist minister legatarius: Er hat das Eigenthum und Gläubigerrecht in fremdem Interesse, zu treuer Hand. Das deutet auf die Zweckbeschränkung, die wir aus dem langobardischen Recht kennen und auch schon

[38]) Vgl. Glossa ord. in c. 28 C. 1, 3 ad „licentiam"; Odofredus an der oben N. 11 citirten Stelle; Jacobus de Arena nr. 15; Durantis nr. 17; Petrus de Unzola l. c. fol. 35 col. 2.

[39]) Dass er bei seinen Ausführungen über die Testamentsexekutoren sehr stark einem von ihm nicht citirten Traktat des Joannes Blancus aus Massilia nachgegangen ist, wie uns die erste Addition des Joannes Andreae zum § 13 ad verb. „disputemus" berichtet („nimis grande furtum"), kann für uns gleichgültig sein.

[40]) Vgl. oben N. 19.

[41]) nr. 71. Vgl. auch nr. 17: „actio ex testamento, cum tanquam legatarius vel fideicommissarius sit". Ich stimme also nicht mit Beseler a. a. O. S. 159 überein, welcher darin nur die wenig bedeutende Betonung einer gewissen Aehnlichkeit zwischen dem Exekutor und dem Legatar erblickt Goldfeld, a. a. O. S. 77 f. übersieht den oben im Text wiedergegebenen Satz des Durantis, welcher den Schluss seiner theoretischen Deduktion über den Spezialexekutor bildet, ganz und gar und nimmt nur die unmittelbar vorausgehende Polemik gegen die Annahme eines gewöhnlichen (römischen) Legats oder Fideikommisses in Betracht. Freilich schreibt die von ihm benutzte Ausgabe Basileae 1563, wie Lugduni 1556 und Basileae 1574: „et iste est minister, legatarius, vel fideicommissarius". Wie oben im Text: Patavii 1479, Nurembergo 1486, Venetiis 1494 u. 1501, Lugduni 1538, 1539, 1543, Francofurti 1592, 1612. Ganz vereinzelt: Lugduni 1504 („et iste est minister et non legatarius vel fideicommissarius").

in der durch die Romanisirung und die kanonische Rechtsbildung herbeigeführten Wandlung in Bezug auf den Universalexekutor (oben S. 181 ff.) näher bestimmt haben. Aus der Zweckschenkung ist ein Zweckvermächtnis geworden. Dem Spezialexekutor sind andere, als die ihm durch den Willen des Testators vorgezeichneten Verfügungen mit der Wirkung verboten, dass sie, wenn trotzdem vorgenommen, nichtig sind und für Dritte keine Rechte begründen.

Gerade für die Wirksamkeit der Zweckbeschränkung gegen Dritte haben wir hier, bei dem Spezialexekutor, einen vortrefflichen Quellenbeleg,[42]) der, wie kein anderer, den innigen Zusammenhang des romanisirten Rechts mit dem langobardischen auf unserem Gebiete vor Augen führt. Wie wir oben (S. 70 f.) gesehen, nahm die Verkaufsurkunde des langobardischen Dispensators in das Preisempfangsbekenntnis zugleich die Erklärung auf, dass der Preis bereits der Bestimmung des Gebers entsprechend distribuirt sei. Und in dem „Breve receptorium" (oben S. 72 ff.) bekannte wenigstens der Dispensator gegenüber dem Käufer, dass er den Kaufpreis zu dem Zwecke, ihn künftig nach der Anordnung des Verstorbenen zu verwenden, an sich genommen habe. Beides erfolgte, um das Eigenthum des Käufers an dem Kaufgrundstück der auflösenden Wirkung einer etwaigen späteren Veruntreuung des Kaufgeldes von Seiten des Dispensators zu entziehen. Beides bewies schlagend die Dinglichkeit der auf dem Treuhandeigenthum lastenden Zweckbeschränkung. Nun zeigt in der Epoche des romanisirten Rechts die Verkaufsurkunde des Spezialexekutors die gleiche, fast bis aufs Wort gleiche Fassung, namentlich auch jenen bezeichnenden Anhang zum Preisempfangsbekenntnis. So zunächst — daraus erhellt, dass diese Fassung auch damals die regelmässig angewendete war und blieb — das entsprechende Formular aller drei von mir benutzten Notariatswerke, nämlich des von Palmieri auf Irnerius zurückgeführten[43]) Formularium tabellionum,[44]) der Ars notaria des Rainerius de Perusio[45]) und der Summa Rolandini.[46])

[42]) Er hat auch für den Universalexekutor Beweiskraft; vgl. oben S. 182.

[43]) oben § 22 N. 12.

[44]) Ed. Palmieri Lib. I p. 48.

[45]) nr. LIV u. LV (l. c. p. 42, 43).

[46]) Cap. I, „Venditio facta a commissariis" (l. c. p. 92).

So ferner eine von Rainerius in Ausübung seiner Praxis 1238 abgefasste Urkunde.[47] Während in jenem ersten Formularium, dem ältesten unter den drei genannten, die zur Tilgung einer Nachlassschuld bestellten Spezialexekutoren verkaufen und tradiren

„pro tali pretio quod recepimus et in tali debito defuncti solvimus",

heisst es bei Rolandinus (und ähnlich im Formular und in der Urkunde des Rainerius):

„pro pretio 100 lib. Bono., quod pretium . . . . . commissarii confessi . . . . . . . fuerunt se ab ipso emptore habuisse et recepisse, dandum et solvendum in satisfactionem et solutionem legatorum animae Ant. (des Testators) . . . . ."

Also beide Formen finden sich wieder, sowohl die ältere, strenge, als die jüngere, abgeschwächte des Breve receptorium! Noch besonders deutlich spricht die Urknnde von 1238, wenn darin der Käufer unter Anderem die Zusicherung erhält, dass er später wegen bestimmungswidriger Verwendung des Kaufpreises keine Anfechtung erfahren werde. So wenigstens dürfte wohl der Passus:

„Renuntiantes . . . in dictam causam non conversi dicti pretii exceptioni"

zu verstehen sein. Demnach ist die Wirksamkeit der Zweckbeschränkung gegen Dritte für das romanisirte Recht in gleicher Weise wie für das langobardische, dargethan, mag auch in der Folgezeit die ungewöhnlich weite Erstreckung derselben, eben auf den Käufer, fortgefallen sein.[48]

Der Spezialexekutor hatte also Eigenthum und Gläubigerrecht eines Legatars mit der durch den Treuhandgedanken gegegebenen, gegen Dritte wirksamen Zweckbeschränkung. Unerreichbarkeit des Zweckes hatte, wie beim Universalexekutor,[49]) den Rückfall an die Erben, Absetzung den Anfall an die Obrigkeit bezw. den von ihr bestellten Ersatzmann zur Folge.

[47]) Appendix zur Ars notaria, instrum. V (l. c. p. 71).

[48]) So fehlt in der von Testamentsexekutoren ausgestellten Verkaufsurkunde in Fantuzzi, Monum. Ravenn. IV 143 (1295) überhaupt jeder Hinweis auf den dem Kaufpreis gesetzten Verwendungszweck.

[49]) oben S. 183.

Nur in einem Falle war die Rechtslage eine andere, dann nämlich, wenn Spezieslegate zu Gunsten bestimmter Personen dem Spezialexekutor unterstellt waren. Dann erwarben die ersteren unabhängig von dem letzteren unmittelbar auf Grund des Testaments iure legati das Eigenthum an den ihnen vermachten Nachlasssachen, das Gläubigerrecht an den ihnen vermachten Nachlassforderungen. Es galt dasselbe, was oben (S. 184) für den gleichen Fall in Bezug auf den Universalexekutor ausgeführt ist. Die Macht des Treuhänders sank zu einer Dispositionsgewalt an fremden Sachen oder Forderungen[50]) herab, die ihm jedoch — etwa dem Recht des Pfandgläubigers vergleichbar — immer noch in eigenem Namen, nicht in demjenigen der Destinatäre, zustand und in der obigen Weise beschränkt oder bedingt war. Ja nach dem Pisaner Stadtrecht von 1233[51]) wurde sie, insofern es sich um das Klagerecht gegen dritte Besitzer handelte, in solchem Falle zu einer subsidiären Gewalt:

„In petitione tamen speciei legate .... fideicommissario seu distributori bonorum defuncti legatarius preferatur."

## § 25.

### Fortschritt in der Rechtsentwicklung: Universalexekutor an der Seite eines Erben.

Beide in den §§ 23 und 24 geschilderte Treuhändertypen standen ausschliesslich im Dienste von Legaten oder legatähnlichen Zuwendungen. Immer handelte es sich um ein „solvere legata" oder ein „distribuere bona" unter Andere, als die Erben,[1]) um eine der Fürsorge des Treuhänders anheimgegebene Ausscheidung von Nachlasswerthen aus der Rechtssphäre der Erben. Der Universalexekutor entzog den ganzen Nachlass den

---

[50]) Vgl. die oben S. 85 N. 26 citirte Glosse des Carolus de Tocco (Anfang des 13. Jahrh.) zur l. 5 Lomb. II, 18: „non ut dominum eum faceret, sed ut potestatem haberet distrahendi".

[51]) a. a. O. (S. 758).

[1]) Man vergleiche nur die am Anfang des Durantis'schen Traktates stehenden Erörterungen (nr. 2—12).

Erben und brauchte sich weiterhin um diese garnicht mehr zu kümmern. Der Spezialexekutor hatte die Ausscheidung einzelner Bestandtheile des Nachlasses zu bewirken und richtete seine Thätigkeit geradezu gegen die Erben. Bezeichnend in dieser Hinsicht war die Behandlung der durch das Testament einem Spezialexekutor zugewiesenen Aufgabe, die Tilgung der Nachlassschulden zu besorgen. Diese Bestimmung erschien nicht etwa als eine Begünstigung des Erben, der seinerseits von der Last der Regulirung befreit werden sollte; als Destinatäre wurden vielmehr die Erbschaftsgläubiger angesehen, deren Befriedigung durch die Treuhänderbestellung gesichert und von den Entschlüssen des Erben ganz unabhängig gemacht werden sollte.[2]) Das Treuhandverhältnis stand also in jenen beiden Typen immer noch auf demselben Boden, in welchem es zuerst während des 8. Jahrhunderts Wurzeln geschlagen hatte, auf dem Boden der die Erbenrechte verdrängenden donatio pro anima. Wurde doch selbst für den soeben gedachten Auftrag zur Schuldentilgung von Durantis[3]) auch ein religiöses Moment („ad fortisfacta emendanda" — Sündenausgleich) herangezogen.

Es tauchten indessen schon damals Ansätze auf zu einer andersartigen Verwendung des Instituts, bei welcher der Treuhänder nicht blos als Gegner, sondern auch zum Theil als Freund des Erben in Thätigkeit trat, bei welcher seine Rechtsmacht nicht blos den Interessen fremder Destinatäre, sondern auch denjenigen des Erben selbst diente, bei welcher nicht blos die gänzliche und endgültige Entfernung von Nachlassstücken aus der Rechtssphäre des Erben, sondern auch eine dem Erben günstige Behandlung des Nachlasses oder von Nachlasswerthen, die dem Erben verbleiben sollten, die Aufgabe des Treuhänders bildete. Das war insbesondere dann der Fall, wenn im Testament ein Erbe eingesetzt und dennoch der ganze Nachlass unter eine treue Hand gestellt war, sodass die Sache anders lag, als beim Distributor omnium (§ 23). Durantis unterstellt

---

[2]) Vgl. die Citate oben § 24 N. 2. Die Klage des Gläubigers gegen den Treuhänder (Durantis nr. 73) ist daher in diesem Falle (Spezialexekution) aus dem Gesichtspunkt der legatähnlichen Bewidmung zu erklären (vgl. unten § 27 N. 9.)

[3]) Citat oben § 24 N. 2.

vielleicht diesen Fall, indem er gelegentlich die Frage aufwirft: Wie ist es zu halten, wenn der Testator jemanden zum Exekutor ernennt, ihm „nihil officii committens expresse?" und diese Frage unter der Voraussetzung, dass ein Erbe hinterlassen, gemäss einer „consuetudo generalis" dahin beantwortet: „intelligatur constitutus ad omnia, quae pertinent ad officium praedictorum (sc. executorum").[4]) Sicher ziehen denselben Fall die Venetianischen Statuten von 1242 mit in den Bereich ihrer Satzungen über die Testamentskommissarien.[5]) Beispiele aus der Praxis fehlen nicht.[6]) In solchen Fällen war der Treuhänder nicht gleich dem Spezialexekutor. Denn seine Rechtsmacht war nicht auf Theile des Nachlasses[7]) oder des letzten Willens beschränkt; sein Beruf erschöpfte sich nicht in der Stellung eines minister legatarius. Er hatte vielmehr die volle Rechts-

[4]) nr. 2. Der dort gebrauchte Ausdruck „gardiator" für executor ist nach des Durantis eigener Bemerkung (nr. 1) provençalisch.

[5]) Statuta Venetiarum III 7: „Sed si minor habet tutorem vel fuerit sub commissario constitutus, si potestatem habet per testamentum dividendi, ipse dividet sine iudice. Sed si non habet potestatem et proclamatur ad divisionem ab alio, fiat divisio cum iudice, ut dictum est. Ipso autem commissarius vel minor non potest petere divisionem, nisi in testamento sit ei concessum . . . ." Es handelt sich hier um Theilung unter den Erben.

[6]) Vgl. das Testament des Thomas von Savoyen v. 1248 in Joh. Christ. Lünig, Codex Italiae diplomaticus Bd. III Sp. 929 ff. und das Peters II von Savoyen von 1255 in Chart. II nr. 1919. In dem letzteren gesellt der Testator den beiden eingesetzten Erben 2 andere Personen, einen Geistlichen und einen Ritter, bei und beruft alle vier, so jedoch, dass schon zwei von ihnen ohne die anderen verfügungsberechtigt sein sollen, zu „executores huius mee ultime voluntatis" mit der „plena et libera potestas solvendi debita mea, pacificandi clamores meos et satisfaciendi de servitiis familie mee et de meis eleemosynis et legatis". Vgl. ferner Fantuzzi, Monum. Ravenn. III 108 (1316), wo der Testator Erben einsetzt, daneben aber „ad predicta omnia exequenda . . . commissarios et dicti sui testamenti executores" bestellt mit umfassendster, auf Besitz und Verfügung jedweder Art sich erstreckender Rechtsmacht über den ganzen Nachlass („generale mandatum cum plena et libera administratione") und jeden Eingriff der Erben oder Vermächtnisnehmer in diese Rechtsmacht mit der Strafe des Ausschlusses von dem Nachlass bedroht. Auch Verci l. c. nr. 659 b (1301) u. 1461 (1348) [Bd. 6 S. 96 u. Bd. 12 S. 105].

[7]) Die zur besseren Durchführung seiner Aufgabe dem Spezialexekutor hin und wieder gegebene Gewalt über den ganzen Nachlass zeigte bereits einen Ansatz zu der hier gedachten Treuhänder-Rechtsmacht. Vgl. oben § 24 N. 23.

macht des Universalexekutors, wie wir sie oben (§ 23) kennen gelernt haben: eine Verwaltungskompetenz von gesetzlichem Umfange, die alle für die Durchführung des ganzen Testaments erforderlichen und dienlichen Befugnisse in sich schloss. Aber er stand nicht loco heredis. Denn der Platz des Erben war bereits besetzt; in der Person des eingesetzten Erben war ein Rechtsträger, ein Eigenthümer für den ganzen Nachlass vorhanden. Der Treuhänder konnte deshalb hier nicht, gleich dem Distributor omnium, Eigenthümer des Nachlasses sein. Seine Berechtigung musste sich, wie in den Fällen der §§ 23 und 24 (S. 184 u. 198) partiell in Folge der Konkurrenz der Spezieslegatare, so hier allgemein zu einer erbrechtlich-dinglichen Dispositionsgewalt an fremder Sache herabmindern, auch hier ohne dass sie an ihrem Inhalt, an ihrer Selbständigkeit — er hatte hier, einzig und allein das Testament als Richtschnur über sich, die beiden gegensätzlichen Interessen, sowohl das der Legatare als das des Erben, gleichmässig zu vertreten[8]) — oder an ihrer Zweckgebundenheit irgend etwas einbüsste. Nur insoweit, als im Testament gewisse Nachlasswerthe dem Exekutor verschrieben waren zur Erfüllung eines dauernden Zweckes oder, wie bei den Seelgiften pro pauperibus et sacerdotibus zur Verwendung für wohlthätige Zwecke nach seinem diskretionären Befinden, erhielt er daran mit der Ausscheidung aus dem Nachlass (zweckbedingtes) Eigenthum. Hier war also der Punkt, wo der Treuhänder zu Stiftungszwecken (unselbständige, fiduziarische Stiftung) oder im Dienste eines nicht auf die Dauer angelegten gemeinnützigen Zweckes (diesem Typus entspricht der moderne Einsammler von Beiträgen[9])) von dem Vollzieher des letzten Willens, mit dem er bis dahin stets zusammengegangen war, sich lostrennte: dort zweckgebundenes Eigenthum — hier zweckgebundene dingliche Dispositionsgewalt ohne Eigenthum.[10]) —

[8]) Zu diesem Behufe gebührte ihm neben der dinglichen Klage wohl auch eine persönliche Klage gegen den Erben nach Art der dem Spezialexekutor zugesprochenen (oben S. 186 ff.).

[9]) Oben § 7 Ziff. 1.

[10]) Noch für eine weitere Treuhänderart hatte das langobardische Recht den Grund gelegt: für den Interventionstreuhänder, denjenigen,

## § 26.

## Vererblichkeit. — Uebertragbarkeit. — Mehrere Treuhänder.

Die Romanisirung hat diese Punkte nur in untergeordnetem Masse berührt. Die Grundsätze des langobardischen Rechts, oben in § 17 namentlich durch Rückschluss aus dem Inhalt der Urkunden zu Tage gefördert, finden wir wieder in der Doktrin und Gesetzgebung unserer Epoche, als Normen formulirt und ins Einzelne zergliedert, zum Theil dem Zeitgeist gemäss in unfruchtbare Kasuistik aufgelöst.

Der Tod des Exekutors bringt, wenn nicht einmal zur Seltenheit das Testament anders verfügt hat, die Rechtsträgerschaft zu treuer Hand nicht in Erbgang.[1]) Der Exekutor kann auch unter Lebenden nicht darüber verfügen.[2]) Nur eine Spezialermächtigung des Testators vermag ihm die Uebertragung an einen Anderen zu ermöglichen, wobei jedoch natürlich das Testament nicht, wie früher die Vergabungsurkunde, als Traditionspapier verwendbar ist. Dagegen lässt sich die Rechtsträgerschaft nach

---

welcher sich nicht materiell einzumischen, den letzten Willen nicht selbst zu vollstrecken, sondern nur über die Vollstreckung seitens der dazu Berufenen (Erben — Legatare) zu wachen und zu diesem Ende gegen sie ein selbständiges Klagerecht auf Erfüllung ihrer Pflichten hat. Oben § 16 S. 129 ff. Auf diese Treuhänderspezies spielt Petrus de Boateriis l. c. nr. I (p. 93) an mit dem Satze: „Commissarius dicitur, cui post obitum examen rerum agendarum vel ipsae res agendae relinquuntur“. Zuweilen wurde dem Vollstreckungstreuhänder neben seinem Vollstreckungsrecht jenes Interventionsrecht zugesprochen, so nach Durantis nr. 73 dem ad debita solvenda bestellten Exekutor: oben § 24 N. 17. Vgl. Beseler a. a. O. S. 203 [121].

[1]) Vgl. oben § 20 Ziff. 2 und die Citate in N. 20 daselbst, ferner Stat. Venet. IV 23: „Nam et commissarie alicui dimisse nullus succedere debet“.

[2]) Vgl. die seltsame Vorschrift in Stat. Venet. IV 21: „Sancimus, ut nullus commissarius pignorare possit administrationem commissarie, et si fecerit non teneat pignoratio“. Ein interessantes Seitenstück im Erfurter Stadtrecht von 1306 Art. 39 (in Walch's vermischten Beiträgen I S. 116), wonach den Privatgläubigern des Salmannes gestattet ist, das Treuhandgut zu frohnden. Hierüber Albrecht, Gewere N. 693; Beseler, Erbvertr. I S. 269 f.; Bewer, Sala Traditio Vestitura S. 78.

wie vor mit einem Amt dergestalt verknüpfen, dass sie beim Ausscheiden des alten ohne Weiteres auf den neuen Amtsinhaber übergeht.[3]) Ein Uebergang kraft Devolution ist durch die oben[4]) geschilderte kanonische Rechtsbildung eingeführt worden.

Die Rechtsverhältnisse einer Mehrzahl von Testamentsexekutoren finden in der Litteratur, wie bei Jacobus de Arena und Durantis, und in der Gesetzgebung, wie in den Stadtrechten von Pisa und Venedig, eingehende Erörterung und Regelung.[5]) Als leitendes Prinzip können wir wiederum die Gesammthand erkennen. Die Exekutoren, welche die zu administrirenden Güter unter sich reell theilen, werden in Pisa[6]) mit einer hohen, ans Stadtärar zu zahlenden Geldstrafe belegt. Im Zweifel ist gemeinsames Handeln Aller nothwendig. Stirbt einer von ihnen, so konzentriren sich die Treuhänderrechte auf den oder die Uebrigen. „Distributio alteri accrescat altero mortuo“, sagt Durantis.[7]) Gleichgestellt wird — und darin liegt eine aus der Romanisirung (Einseitigkeit der Berufung des Treuhänders) sich ergebende Neuerung[8]) — der Fall, dass einer von den Exekutoren die Uebernahme der Treuhänderschaft ablehnt. „Decernimus ergo — heisst es z. B. in den Statuten von Venedig (IV 17) — ut si quis plures commissarios sibi ordinaverit et unus vel plures ex eis tenuit vel renuerit intromittere commissariam, reliqui intromittere possint, et communem administrationem facere possint et debeant in omnibus bonis defuncti.“ Als ein solches Ablehnen wird dort auch ein „non intromittere“ binnen der dort vorgesehenen Frist von 90 Tagen angesehen.[9]) Gleichgestellt wird ferner der Fall, dass

---

[3]) In dieser Hinsicht spitzfindige Distinktionen für die Interpretation des letzten Willens bei Jacobus de Arena nr. 21 u. Durantis nr. 82.

[4]) § 20 Ziff. 2, § 21 (S. 165 f.)

[5]) Vgl. Stat. Pis. a. a. O. S. 762, 763 (Reform. v. 1281), 764; Stat. Venet. IV 17, 23, VI 49; Jac. Are. nr. 26, 27; Dur. nr. 12, 13, 49, 50, 52—54.

[6]) a. a. O. S. 762.

[7]) nr. 50, vgl. auch nr. 13. Petrus de Unzola a. a. O. fol. 36 col. 1: „Sed verius videtur in predicto casu quod aliis doctoribus placet, scilicet quod alter commissarius supervivens possit totum negocium executioni mandare“. Ebenso Petrus de Boateriis l. c. nr. V 7 (p. 96), freilich nicht aus prinzipiellem Grunde, sondern weil „hoc fit favore ultimae voluntatis“.

[8]) oben § 20 Ziff. 1 am Anf.

[9]) oben S. 163.

einer der Mehreren durch lange Abwesenheit am Handeln verhindert ist. Endlich nach dem Pisaner Stadtrecht (Ref. v. 1281) auch der Fall, dass er den Anordnungen der Aufsichtsbehörde nicht nachkommt,[10]) während in Venedig von der Betheiligung des Nachlässigen nicht abgesehen, sondern gegen ihn auf Beschwerde der Uebrigen richterlicher Zwang angewendet wird: „iudices . . . possint et debeant tales commissarios compellere ad administrandum cum aliis, sub illis penis de propriis bonis, infra illos terminos, que et qui sue discretioni vel maiori parti eorum (sc. iudicum) convenientiores apparebunt". (VI. 49.)[11]) Abgesehen von den angeführten Fällen bedarf es also der Mitwirkung aller Berufenen, damit eine gültige Rechtshandlung im Rahmen der Treuhandkompetenz zu Stande kommen kann.[12]) Blos für die Prozessführung, sowohl auf der klagenden als auf der beklagten Seite, räumt das Pisaner Recht eine Erleichterung ein.[13]) Danach darf schon einer von den Treuhändern „in solidum agere et respondere", wenn er den übrigen durch Streitverkündung Gelegenheit zum Beitritt giebt; andernfalls gilt seine Prozessführung, confessio und Urtheil nur für ihn selbst, „ac si pro virilibus tantum partibus predictum officium eis testator commisisset."

Wie wir schon aus dem letzten Satz ersehen, konnte das Verhältnis zwischen den mehreren Treuhändern auch in anderer Weise geordnet sein. Denkbar war sogar, wie gerade jener Satz zeigt, eine Vertheilung nach ideellen Kopfteilen. Doch dürfte diese unpraktische[14]) Regelung vom Testator wohl kaum

[10]) Dieser Fall ist in cap. 2 § 1 in VI[to] de testamentis 3, 11 (Bonifacius VIII) noch erweitert: „Sane, pluribus a testatore simpliciter exsecutoribus deputatis, uno eorum mortuo, vel in remotis agente, aut id exsequi forte nolente, ne voluntatem testatoris impediri vel nimium differri contingat, poterit alius, nisi testator aliud expresserit, officium exsecutionis iniunctae libere adimplere". Damit ist freilich das Prinzip fast ganz umgedreht. Nach dem Bericht des Petrus de Unzola fol. 35[v] col. 2 sprachen sich einige seiner Zeitgenossen geradezu für das Solidarprinzip als gesetzliches Prinzip aus.

[11]) Durantis n. 54: „Potest etiam dici, quod cogetur cum altero exequi".

[12]) Bei Uneinigkeit Eingreifen der Obrigkeit: oben § 20 N. 4, 5 und § 21 S. 162.

[13]) Vgl oben § 17 N. 36.

[14]) Vgl. oben S. 140.

jemals gewählt worden sein, vielmehr nur einen partikulargesetzlichen Nothbehelf für gewisse Ausnahmefälle[15]) gebildet haben.[16]) Eher mag das Testament hin und wieder die Treuhandbefugnisse gegenständlich vertheilt, vielleicht dem Einen die Einziehung der Forderungen, dem Anderen den Verkauf der im Nachlass befindlichen Sachen zugewiesen haben, sodass die Sache so lag, als ob mehrere selbständige Exekutionen angeordnet wären — worauf wohl Durantis[17]) hindeutet, wenn er für den Fall, dass die Exekutoren „disiunctim sive in partes constituti sunt", die Akkrescenz ausschliesst. Sehr häufig stellte dagegen der Erblasser die Ausübung der zu treuer Hand verliehenen Rechtsmacht unter das schon in den Urkunden der langobardischen Epoche stark angewendete[18]) Solidarprinzip: Jeder Einzelne oder eine bestimmte Anzahl unter den Berufenen sollte ohne die Anderen in vollem Umfange zu handeln befugt sein.[19]) Auch in entgegengesetzter Richtung konnte der Testator ändernd eingreifen. Er konnte — eine Möglichkeit, die Jacobus de Arena[20]) behandelt, — das Gesammthandprinzip noch durch Ausschluss der Akkrescenz verschärfen, also anordnen, dass unter allen Umständen die beiden Berufenen zusammen handeln sollten. Dann „uno deficiente vel se excusante alter nihil poterit .... et tunc recidit potestas in episcopum."

[15]) Vgl. ausser dem letzten Citat aus dem Pisaner Stadtrecht noch Stat. Venet. IV 17 a. E.: „Et si quidam de commissariis ... infra dictum tempus 90 dierum intromiserit, alii, unus vel plures, cessaverint, ille vel illi, qui intromiserunt vel intromisit, non administrent vel administret, nisi pro parte sua: post illud autem tempus totam administrabit".

[16]) Petrus de Unzola fol. 35v col. 1 in fine theilt allerdings mit, dass dies auch von einigen Theoretikern, deren Ansicht er selbst nicht zu theilen scheint, im Zweifel angenommen wurde.

[17]) nr. 50.

[18]) Oben S. 142 ff.

[19]) Durantis nr. 50, auch 53; Petrus de Unzola l. c. fol. 35v col. 1; Jac. Are: „testator voluit, quemlibet insolidum gerere", „dic unum solum posse erogare et erit melior conditio occupantis". Vgl. das weitläufigere Testamentsformular des Rolandinus (oben § 24 N. 20 citirt): „dans eis et cuilibet eorum plenam licentiam etc.", auch die Urk. Chart. II nr. 1919 (oben § 25 N. 6), Fantuzzi, Monum. Ravenn. III 108 (1316), Verci nr. 659b (1301) [Bd. 6 S. 96].

[20]) nr. 26 (statt „voluit" muss es hier „noluit" heissen). Der Fall lässt sich mit der modernen Kollektiv-Prokura vergleichen.

## Zweites Kapitel.
## Die Rechtspflicht des Treuhänders.

### § 27.

Das kanonische Recht hatte, den Zweck der Treuhand, dass durch sie der letzte Wille Wirklichkeit werde, mit voller Schärfe betonend, für den Treuhänder eine öffentlich-rechtliche Pflicht geschaffen, die einmal übernommene Aufgabe gehörig zu erfüllen. Dies war mit dem dazu gehörigen System von Rechtssätzen und Einrichtungen in das weltliche Recht übergegangen. Es musste — in der Weise, wie das oben (S. 164 f.) dargelegt ist, — auch auf das Privatrecht einwirken. Die öffentlichrechtliche Pflicht des Treuhänders musste, in Beziehung gebracht zu den interessirten Privatpersonen, aus sich heraus eine privatrechtliche Pflicht hervorbringen, um so eher, als dieser Entwicklung das römische Testamentsrecht weit entgegenkam. Denn danach war der Erbe der Repräsentant des Erblassers und des letzten Willens. War er nun zwar durch den Exekutor, den er neben sich zu dulden hatte, (§§ 24, 25) soweit, als dessen Rechtsmacht reichte, zurückgedrängt, so liess sich doch leicht aus jener Stellung für ihn die Berechtigung herleiten, gegen den Exekutor auf einen dem letzten Willen entsprechenden Gebrauch seiner Rechtsmacht zu dringen. Den Legataren erwuchs nach römischen Grundsätzen unmittelbar aus dem Testament eine Klage gegen den Erben auf Erfüllung der Vermächtnisse. War dieselbe Klage gegenüber dem Universalexekutor (§ 23) schon wegen seiner Erbenähnlichkeit gerechtfertigt, so war sie doch auch gegenüber den anderen Exekutoren am Platze, da sonst durch die Einschiebung der Treuhand die Rechtslage der Legatare, anstatt verbessert, verschlechtert worden wäre. Die privatrechtliche Verpflichtung des Treuhänders gegen die Erben und gegen die Legatare oder Destinatäre, wie sie in der Litteratur unserer Epoche durchweg deutlich entgegentritt, war folglich vom Standpunkt des Civilrechts aus der Zweckgebundenheit der Treuhänderstellung einerseits und aus der Recht schaffenden Kraft des römischen Testaments andererseits zu rechtfertigen. Sie reichte mit keiner

ihrer Wurzeln in das Gebiet des römischen, obligationenrechtlichen Mandats. Nur vereinzelt wurde hier und da von einem Mandat des Exekutors gesprochen, wie in cap. 19 X h. t.; die regelmässige Bezeichnung für den Inbegriff seiner Pflichten (auch Rechte) war „officium“.[1]) Die Klage gegen ihn wurde als condicto ex lege 28, C. 1,3, petitio ex officio iudicis, actio ex testamento oder actio in factum,[2]) niemals, soweit ich sehe, als actio mandati (directa) charakterisirt.

Die persönliche Verpflichtung war also jetzt, anders als in der langobardischen Periode (oben § 18), die nothwendige und selbstverständliche Kehrseite der Rechtsmacht des Treuhänders. Der Zweck der Treuhand war jetzt nicht blos durch die das Merkmal der germanischen fiducia bildende dingliche Beschränkung der Rechtsmacht, sondern auch durch die persönliche Bindung ihres Trägers geschützt. Es bedurfte garnicht einer ausdrücklichen Uebernahme der Verbindlichkeit. Sie erwuchs in dem Augenblicke, wo der Exekutor den Willen bekundete, die ihm erworbene Rechtsmacht zu behalten, also namentlich, sobald er von ihr irgend einen erkennbaren Gebrauch machte.[3]) Gegenstand der Verpflichtung gegen den Erben war die ordnungsmässige und rechtzeitige Durchführung des letzten Willens im ganzen Treuhandbereich. Der Erbe konnte also seinerseits (neben und abgesehen von der Aufsichtsbehörde) am Anfang die Errichtung des Inventars — da, wo sie vorgesehen war[4]) — und am Schluss Rechnungslegung, ferner in Ausnahmefällen, wenn der Exekutor suspekt wurde oder verarmt war, bei der Aushändigung von Nachlasssachen an ihn cautio de implenda voluntate defuncti[5]) verlangen. Er konnte

[1]) z. B. Jacobus de Arena nr. 14: „est officium commissarii disponere et distribuere etc.“ „Sed quid si suscepto tali officio non vult illud explicare etc.“ Sehr oft Durantis nr. 2, 3, 12, 13, 44, 49, 57, 69, 70, 81, 90. Ferner Fantuzzi, Monum. Ravenn. III 108 (1316).

[2]) Roffredus a. a. O.; Glossa ord. in c. 28 C. 1, 3 „licentiam“; Durantis nr. 39, 55, 58.

[3]) oben § 20 N. 2.

[4]) oben § 20 N. 3 u. § 21 S. 162.

[5]) Hostiensis in c. 17 „que per manus eorum“; Glossa ord. l. c. („persona est suspecta vita et moribus et quia non possidet immobilia“); Jacobus de Arena nr. 13; Durantis nr. 18; Petrus de Unzola l. c. fol. 34v col. 1.

bei Säumnis auf die Erledigung der Testamentsexekution dringen,[6]) bei drohender Misverwaltung oder Untreue vorbeugende Rechtsmittel ergreifen,[7]) endlich „propter dolum vel culpam vel fraudem in ipsa administratione commissam" die Schadensklage anstrengen.[8]) Gegenstand der Verpflichtung gegen die Destinatäre[9]) war die ordnungsmässige und rechtzeitige Ausrichtung der zu ihren Gunsten vom Testator getroffenen Anordnungen. Sie konnten vom Exekutor Herausgabe der ihnen vermachten Nachlasssachen, auch der dazu gehörigen Dokumente,[10]) Zahlung der ihnen legirten Summen fordern[11]) und selbst die Anwendung der ihm gegen Erben oder Erbschaftsschuldner zustehenden, aber von ihm unbenutzt gelassenen Rechtsmittel im Klagewege erwirken.[12]) Der Exekutor war also, soweit seine Gewalt über den Nachlass reichte, im Prozesse auch passiv legitimirt. Allein er konkurrirte darin mit dem Erben. Die Destinatäre konnten an seiner Statt unmittelbar den Erben beklagen. „Est enim, ut videtur, — sagt Durantis[13]) — in ipsorum optione, quem eorum malint convenire, scilicet an haeredem, . . . . vel executorem."

---

[6]) Durantis nr. 59.

[7]) Durantis nr. 55: „si executor male distribuit seu dividit, haeres vel episcopus et etiam legatarii poterunt distributionem seu divisionem huius impedire".

[8]) Durantis nr. 55.

[9]) Zu diesen zählten im Falle der zum Zwecke der Tilgung der Nachlassschulden angeordneten Spezialexekution auch die Erbschaftsgläubiger: Durantis nr. 73. Oben § 25 N. 2.

[10]) Durantis n. 30.

[11]) Durantis n. 58; Gl. ord. in c. 28 C. 1, 3 „licentiam": „et idem auxilium habet ille, cui est relictum, ut xenodochium, contra episcopum vel designatam personam".

[12]) Durantis n. 39: „vel forte legatarii agent contra illum (sc executorem) condictione ex lege illa (28 C. 1, 3) vel officio iudicis, ut agat".

[13]) nr. 39. Ebenso Petrus de Unzola l. c. fol. 35 col. 2. Vergl Goldfeld, a. a. O. S. 97 N 30.

# Schluss.

## § 28.

### Rückblick.

Die Entwicklung der letztwilligen Treuhand während des halben Jahrtausends von den Langobardenkönigen bis zu Durantis zeigt uns das Bild eines ruhig fliessenden Stromes, der durch die Aufnahme kräftiger Nebenflüsse stetig an Breite und Tiefe zunimmt, ohne dadurch sich von der anfangs eingeschlagenen Richtung abdrängen zu lassen. Denn dies hat selbst der bedeutendste unter den Zuflüssen, derjenige, welcher die römischen Rechtselemente zuführte, nicht zu Stande gebracht. Das römische Testament und der römische Gedanke, dass der Erbe Träger des letzten Willens sei, haben die Entwicklung nicht unterbrochen oder aus ihrer Bahn getrieben, vielmehr ihr gut Theil zur Vervollkommnung des Instituts beigetragen. Zwar betrachtete es die italienische Doktrin des 13. Jahrhunderts als ihre Aufgabe, auch die Treuhand in den Rahmen des römischen Rechts einzuspannen. Sie hielt aber dabei bis auf einige Punkte[1]) ihre Deutung der Quellen im Einklang mit den im praktischen Rechtsleben vorgefundenen Bedürfnissen und Thatbeständen, und es hatten darunter die Quellen weit mehr zu erdulden — was wurde z. B. nicht alles aus der c. 28 C. de episcopis et clericis 1, 3 hergeleitet? — als die in der Treuhand seit der langobardischen Zeit wirkenden Rechtsgedanken. Gerade die Thätigkeit der Legisten auf unserem Gebiete kann als ein treffliches Beispiel dafür gelten, dass, was man damals an „Umdeutungen der Quellen“ leistete, vielfach „nicht zufällige Misverständnisse, sondern geschichtlich bedingte Irrthümer waren, die auf der inneren Nothwendigkeit der Anpassung beruhten.“[2])

Die Treuhand würde vielleicht nicht eine so ruhig und ungestört fortschreitende Entwicklung erfahren haben, hätte ihr nicht ununterbrochen, als ein bei allen Veränderungen des Rechts sich stets gleich bleibender Faktor, die Kirche mächtig

[1]) vgl. namentlich oben S. 177 u. 178 f. (Klagerecht des Exekutors).

[2]) Satz aus Gierke's Deutschem Privatrecht (I S. 14).

helfend zur Seite gestanden. Denn die im letzten Willen liegenden Seelgiften zu erleichtern und zu sichern, war die Treuhand entstanden, und dies war, obwohl sie bald in steigendem Masse auch den anderen Bestimmungen des letzten Willens dienstbar wurde, während des ganzen hier behandelten Zeitraums ihr oberster Beruf geblieben. Deshalb hatte die Kirche ihr Interesse niemals erlahmen lassen. Sie bethätigte es, wie wir gesehen haben, indem sie der weltlichen Rechtsbildung immer wieder das Ziel wies, auf welches hinzusteuern war, in der Blüthezeit des kanonischen Rechts zugleich dadurch, dass sie diesem Ziele selbst mit eigenen Satzungen und Einrichtungen nachging. Es war also derselbe, feste, den Wandel der Zeiten überdauernde Zweck, welcher aus den vorhandenen Kräften des jeweilig geltenden Rechts die geeignetsten heranzog und die hierbei erprobten Kräfte, so lange sie nicht durch geeignetere sich ersetzen liessen, mit Zähigkeit festhielt. So haben langobardisch-germanisches, kanonisches und romanisirtes Recht der Lehre von der letztwilligen Treuhand unverlierbare Bestandtheile zugeführt.

Grundlage und Kern waren und blieben Gedanken des langobardisch-germanischen Sachenrechts. Man übertrug dem Vertrauensmann Eigenthum an den Sachen, über die er nach dem Willen des Gebers walten sollte. Damit war der wichtigste Punkt getroffen: Der Vertrauensmann hatte eine selbständige, allen Dritten, namentlich den Erben, gegenüber Stand haltende Macht gewonnen, er war Träger eigenen Rechts in fremdem Interesse, wahrer Treuhänder geworden. Die Anpassungsfähigkeit der lex traditionis ermöglichte es aber, das Eigenthum des Treuhänders von vorn herein in der dem Zweck seiner Bestellung entsprechenden Weise zu beschränken mit dem Erfolge, dass, soweit die Publizität reichte, jeder spätere Dritterwerber diese Beschränkung gegen sich gelten lassen musste. Das Eigenthum wurde also unter eine Resolutivbedingung gestellt, das auflösende Ereignis in später eintretender Unerfüllbarkeit jenes Zweckes oder in zweckwidrigem Gebrauch des Eigenthums gefunden. Die Beschränkung brauchte, um dergestalt zu wirken, nicht ausdrücklich als Resolutivbedingung gefasst zu sein. Denn da die Tradition hier für den Tradenten Schenkung war, so wohnte dem übertragenen Eigenthum

kraft eines alten gemeingermanischen Prinzips schon von selbst die Tendenz inne, an die Seite des Schenkers zurückzufallen. Es genügte daher die blosse Aufnahme des Zwecks in die lex traditionis, um jene Resolutivbedingung in Kraft zu setzen. Die Bestellung des Treuhänders war also Zweckschenkung im Sinne des germanischen Rechts; von anderen Zweckschenkungen unterschied sie das Treuhand-Element, der Umstand, dass die Zweckauflage die ganze Schenkung absorbirte, dass sie dem Beschenkten, d. h. dem Treuhänder, — wenigstens grundsätzlich — keinen eigenen Vortheil übrig liess. Diese Zweckschenkung zu getreuer Hand war dazu angethan, sowohl einer zeitlich begrenzten, als einer auf die Dauer angelegten, sowohl einer alsbald bei Lebzeiten des Schenkers, als einer erst nach seinem Tode in Angriff zu nehmenden Aufgabe zu dienen. Insofern das Letzte zutraf, war sie zugleich Vergabung auf den Todesfall (donatio post obitum). Insofern kam sie bei der Romanisirung mit dem Testament in Berührung. Sie wurde Zweckvermächtnis zu getreuer Hand. In demjenigen Umfange aber, in welchem das Testament an den unter die treue Hand gestellten Nachlassgegenständen für die Erben oder für die endlichen Destinatäre als die eigentlichen Legatare ein Eigenthumsrecht begründete, musste das Eigenthum des Treuhänders weichen. Allein die Selbständigkeit und Dinglichkeit seiner Rechtsmacht einerseits und die Zweckbedingtheit derselben andererseits, also die wichtigsten Errungenschaften der langobardisch-germanischen Rechtsbildung, blieben durchweg bestehen.

Die Ausgestaltung der Pflichten des Treuhänders war das Verdienst des kanonischen Rechts. Ohne dass es auf einen besonderen Verpflichtungsakt ankommen sollte, wurde eine persönliche Rechtspflicht zur Erfüllung der gestellten Aufgabe unmittelbar aus der Zweckbedingtheit der Rechtsmacht zu treuer Hand hergeleitet und zeitlich an die Uebernahme dieser Rechtsmacht geknüpft. Zunächst vermittelst der Einrichtung einer behördlichen Kontrolle eine öffentlich-rechtliche Pflicht, dann aber auch als Niederschlag derselben eine privatrechtliche Pflicht gegenüber allen an der Erfüllung der Treuhandaufgabe, an der Vollziehung des letzten Willens Interessirten. So wurden Inventarerrichtung, Rechnungslegung, zeitige Inangriffnahme und schnelle Erledigung der Exekution, strenge Befolgung der Anordnungen

des Testators zu erzwingbaren Pflichten gemacht, und es wurde die Möglichkeit geschaffen, den Säumigen oder Pflichtvergessenen seiner Rechtsmacht zu entsetzen. Dabei wurde das Treuhandgut noch fester an die im letzten Willen gegebene Zweckbestimmung gebunden, insofern der Fortfall des Treuhänders nicht, wie nach langobardischem Recht, den Rückfall des Guts in den freien Erbgang, sondern das Einrücken anderer Personen in die Stelle des Treuhänders zur Folge hatte.

Die Romanisirung gab dem Institutut im Testament eine einheitliche, erbrechtliche Grundlage. Die langobardische Treuhand war auf dem Boden des Sachenrechts entstanden. Sie hatte dann auch, nicht ohne Schwierigkeit und nur an vereinzelten Stellen, im Obligationenrecht Terrain gewonnen. Eine Anzahl von Befugnissen mit eigenen, von einander abweichenden Begründungsformen, nur durch den Zweck geeinigt, hatte sich so in der Rechtsmacht des Treuhänders zusammengefunden. Jetzt, nach der Romanisirung, galt für sie alle die gleiche Begründungsform, die einseitige testamentarische Anordnung, und es konnte deshalb auch die obligatorische Seite der Treuhandkompetenz sich nunmehr viel freier und ergiebiger entfalten. In Verbindung damit stand eine weitere Errungenschaft: die Ausbildung der Universalexekution. Zunächst ohne die Konkurrenz eines Erben und daher seinerseits einem Erben gleichgestellt, erlangte der Universalexekutor eine Verwaltungsmacht, die präsumtiv, also soweit sie nicht durch den Testator ausdrücklich eingeschränkt war, alle für die Durchführung des letzten Willens nöthigen und dienlichen Befugnisse umfasste. Die Folgezeit gestand die Möglichkeit einer gleichen Rechtsstellung auch in dem Falle zu, dass Erben vorhanden waren. Dem Testator wurde also die freie Wahl, ob er den Erben einen Universalexekutor oder nur für einzelne bestimmte Nachlassgeschäfte einen Spezialexekutor zur Seite setzen wollte. Die letztwillige Treuhand hatte einen Grad der Vielseitigkeit und Anpassungsfähigkeit erreicht, der ihre Verwendung unter den verschiedensten Voraussetzungen gestattete.

# Urkunden.



## 1.

### Verkauf durch den letztwilligen Treuhänder.

Jahr: 759, Ausstellungsort: Pavia.[1])

Codice diplomatico Laudense I nr. 1 = Muratori, Antiquitates italicae medii aevi III col. 555 sq. = Historiae patriae monumenta XIII nr. 19 = Troya, Codice diplomatico longobardo V nr. 736.

In nomine domini nostri Ihesu Christi. manifeste profeteor ego Aepholitus humelis episcopus sanctae catholicae Laudinsis[2]) ecclesiae quoniam ante hos annos b(one memoriae Gisul)fus strator per cartulam dispositionis suae statuerat, ut[3]) medietatem ex omnibus rebus eius quidquid per singula loca habuerit[4]) post ipsius ovitum . . . .[5]) fieri deberent per manus[6]) pontefici laudensi qui in tempore essit,[7]) et statuerat, ut ipsis rebus qui venundatis fieri[8]) . . .[9]) eius Radoara[10]) adviverit usufructuario nomine in eius essent potestatem:[11]) nunc autem suggerente hac plurimum postolante ipsa Radoara pietate praecellentissimi domini Desiderii regis,[12]) ut ex ipsas res venundare deberemus, id est medietatem de curte in loco qui dicitur Alfiano sine qualicumque tarditate, et praetium ipsum acceperemus, et iuxta institutionem iocali eius[13]) quondam Gisulfi Christi pauperibus de presenti distribueremus[14]) quatinus sine aliqua offeusione ipsa eius aelimosina ad requiem vel refrigerium animae eius citius occurere possit:[15]) ideoque manifeste profeteor ego qui supra Aepholitus episcopus iuxta institutionem[16]) eiusdem Gisulfi, adstante et postulante suprascripta Radoara in presentia

---

[1]) S. 46 [3]. — [2]) Laus Pompeia = Lodi in Oberitalien. — [3]) S. 57 [20]. [4]) S. 53 [3]. — [5]) Lücke. — [6]) S. 47 [4]. — [7]) S. 136 [15]. — [8]) S. 66 f. — [9]) Lücke. [10]) Die Wittwe des Gisulfus. — [11]) S. 112 [19]. — [12]) S. 41 [18]. — [13]) = ihres Gatten. — [14]) S. 67. — [15]) S. 113 [26]. — [16]) S. 146 [8].

veneravilium sacerdotum atque inlustrium Iudicum vel etiam germanis[17]) suprascriptae Radoare nec non et relicorum novilium qui subter subscripturi vel confirmaturi sunt accepissem et accepi a te Guideris rectore monasterii sanctae Dei genitricis Mariae situm intra civitate Brexiana[18]) ex sacolo praedicti monasterii[19]) auri solidos novos pretestatos acoloratos pensantes nomero trea milia octingentos quinquagenta finitum pretium[20]) pro medietatem ex rebus illis predicti Gisulfi quas habere vedebatur in iam fato fundo Alfiano anteposito tectora quae intra ipsam domum coltilem posita sunt et quinquagenta iuges terra quas Arioald germanus suprascriptae Radoarae emere debit de illa petia qui dicitur da campo prope riaticto, nam aliud omnia ed in omnibus tam terras ad ipso peculiare pertinentes quamque et casas massaricias una cum acdificiis de casis massariciis seu clausuras cum campis pratis pascuis vineis silvis astalariis rivis atque paludibus coltis et incoltis movilibus et inmovilibus quidquid ad ipsa medietatem pertinere vedetur . . . . . . . .[21]) Ego praefatus Aepolitus episcopus in suprascritto monasterio pro iam dictis triamilia et octingentos quinquagenta solidos secundum a nobis vel a Theutpald et Magipert seu Arioald Teutpert et Benenigno res ipsas apretiatas sunt[22]) contradedemus et venundamus ita ut amodo in iura et potestate iam fati monasterii predicta medietas ex suprascriptis rebus in fundo Alfiano da parte occidente ex omnibus et integrum omni in tempore qualiter superius contenentur adnexa permaneat anteposito ut dictum est suprascriptas quinquagenta iuges et tectora domo coltile seu servos et ancellas vel peculia de intra ipso domum coltilem atque servos et ancellas de massaricias casas, et pro perennem securitatem atque firmitatem praefati monasterii presentem cartolam manifestationis inibi emisemus[23]) et exemplar de suprascripto eiusdem Gisulfi iudicatum[24]) sub fedei puritatem transcriptum[25]) contulemus pro defensi atque integram securitatem[26]) quatinus ab hac die securiter res ipsas predictus sanctus monasterius possedeat et per-

---

[17]) S. 79 [8]. — [18]) Brescia. — [19]) Das Kloster ist Käufer. — [20]) S. 101 [27]. [21]) Es folgt nähere Beschreibung des Kaufgutes, zum Theil unter Wiederholung des vorher Gesagten. — [22]) Das erinnert an Aist. 7 (16). — [23]) traditio cartae: S. 19. — [24]) S. 17 [15]. — [25]) = gewissenhaft abgeschrieben. [26]) S. 92.

enniter ad sua iura defendat et vindecit et nihel amodo ex pretium rerum suprascriptarum nobis vel de posterioribus meis aliquid reddeveri dico, quam igitur manifestationis paginam Andonem notarium regis rescrivere conrogavemus in qua subter nos manibus nostris propriis subscripsemus et his corum superius memoriam fecimus tradedemus subscrivendum. Facta cartola manifestationis tempore domnorum Desiderii et Adilchis excellentissimis regibus anno regni eorum Christo protegente tertio et primo, septimadecima die mensis septembris, indictione tertiadecima. Actum Ticino[27]) feliciter.

† Ypolitus ego, licet indignus per Dei gratiam episcopus, Rodoara deo dicata[28]) supplicante regie potestatis pro venundatione terrole quod ei vir suus post eius ovitum[29]) concessit testes manu mea conscribsi cum sacerdotes fideles ex pretio recepi III milia DCCCL et contuli distribui pro anima Gisulfi stratoris.[30])

Signum † manus Radoare religiosae feminae qui hanc cartola per postulationem suprascripti principis suprascripto pontefice fieri conrogavit.

† In Christi nomine. Benedictus n. n. archidiaconus rogatus ad Radoara ex iussione domno ypolito episcopo subscripsi.

† In Christi nomine. Justus presbiter in hanc cartola rugatus ad Radoara ex inssione domno Ypolito episcopo subscripsi.

† In Christi nomine. Ego Grecorius indignus diaconus in hanc cartola rocatus ad Radoara ex iosione domni meo Ypolito episcopo subscripsi.

Signum † manus Concesso germano suprascripte Radoare consentienti.

† Arioald um huic cartole manefestationis rogatus ad Aepolito episcopo et Radoara germana mea consenciens subscripsi qui me presente confermaverunt et trea milia octingentos quinquagenta solidos ipse episcopus accepit.

† Ego Thueotpald in Dei nomine gastaldus uhic cartole manifestationis rocatus a Aepolito episcopo et Radoara testis subscripsi qui me presente confirmaverunt et subrascriptos solidos ipse episcopus accepit.

---

[27]) Pavia. — [28]) Die Wittwe ist ins Kloster getreten. — [29]) donatio „post obitum“: S. 8. — [30]) S. 70 f.



† Ego Alchis u. m huic cartule manifestationis rogatus ad Epolitus episcopus et Radoara socera mea consinsi qui mi presente confirmavirunt et suprascriptus solidos ipse episcopus accipet. † Ego Teopert huic cartole manefestacionis rogadus ad Epolido episcopo et Radoara testis subscripti qui me praesente confermaverunt et suprascriptos solidos ipse episcopus accepit.

Ego qui supra Ando notarius regis scriptor huius cartule post rovorata et tradita[31]) complevi et dedi.

## 2.

### Vergabung zu getreuer Hand.

Jahr: 773. Ausstellungsort: Lucca.

Troya V nr. 976 = Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca IV[1] nr. 76.

† In Dei nomine.

Regnante Domno nostro Desiderio Rege, et filio ejus Domnus nostro Adelchis Rege, anno regni eorum septimodecimo, et quartodecimo, tertiodecimo Kalendas Magias, per indictionem undecimam.

Manifestum est mihi Serbulo, filio qd. Aurimi, quia per hanc cartulam elegere prevideo te[1]) Rachulum Presbiterum Ecclesie Beati Sancti Columbani, ut post meum decessum . . .[2]) tuam, et ille homo, cui istam cartulam ad exigendum dederis,[3]) potestatem habeatis vendere, et dispensare[4]) medietate ex omni re mea[5]) pro anime meae remedio, qualiter secundum Deum melius previderitis,[6]) tam mobile rem, quam et inmobile, simul et notrimina mea majora et minora in prefinito pro anima mea despensare debeatis, Reliquum vero medietatem rem meam sit in potestatem conjugi meae Teusprandae si lectum meum custodierit, de me fidem maritalis observaverit, usumfructuandi, regendi, et imperandi.

Post vero ejus decessum, aut si sibi alium maritum copulaverit, sit ipsa re, quam ei ad usumfructuandum dedi, in

---

[31]) S. 19. — [1]) S. 57 [20]. — [2]) Lücke. — [3]) S. 137 [20]. — [4]) S. 67. — [5]) S. 53 [3]. [6]) S. 47.

suprascripta Dei Ecclesia Sancti Columbani pro animae meae remedio in integrum.[7])

Quidem et licentiam abeatis requirendi, et exintendi[8]) et compositionem tollendi de morte[9]) . . .[10]) secundum legem, qualiter melius potueritis, et ea pro me dispensare debeatis qualiter vobis recte apparuerit.

Et quis de meis heredibus contra hanc p . . . .[11]) tam in aliquo agere, aut causare, vel disrumperere presumserit per quodlibet ingenium, sit componiturus[12]) ipse heres meus, una cum suis heredibus . . . .[13]) Presbitero, vel eidem homini, cui tu hanc cartulam ad exigendum dederis,[14]) aut ejus heredibus,[15]) vel Rectoribus suprascripte Dei Ecclesiae, omnis suprascripta res tripla[16]) me . . . quide[17]) loco, sub extimatione qualis tunc fuerit.[18])

Et dum ego qui supra Serbulus advivere meruero, omnis res mea in mea sit potestatem vendendi . . . . di quid, aut qualiter voluero iterum judicandi,[19]) et haec mea decretio semper in predicto ordine firmiter persistat.[20])

Et pro confirmatione Rachi . . . Clericum[21]) scribere rogavi. Actum Luca.

Signum † manus Serbuli qui hanc cartulam fieri rogavit.
Signum † manus Mauri de Apolia testis.
Signum † ms. Persuli Calderarii testis.
Signum † ms. Atriperti testis.
Signum † ms. Gumpuli filio qd. Rottelmi testis.
Signum † ms. Asperti testis.
† Ego Alperto Munitario rogatus ec.
† Ego Ospert filiu Asprand Auriferi rogatus.
Ego Rachiprandus Cler. post traditam[22]) complevi, et dedi.

---

[7]) S. 30 f. — [8]) = exigendi. — [9]) S. 119 [11]. — [10]) Lücke. — [11]) Lücke. [12]) S 50 [16], 126 f. — [13]) Lücke. — [14]) S. 137 [20]. — [15]) S. 136 [14]. — [16]) S. 127 [24]. [17]) = in ferquido = in simili, vgl. Roth. 147. — [18]) S. 128. — [19]) S. 12 f., 60 [5], 107. — [20]) S. 61. — [21]) S. 22 [31]. — [22]) S. 19.

## 3.

### Vergabung zu getreuer Hand.

Jahr: 839, Ausstellungsort: Mailand.

Historiae patriae monumenta XIII. nr. 135.

† In Christi nomine. Hludowicus et Hlutharius divina hordinante providentia imperatores, anni imperii eorum vigesimo sexto et vigesimo, mense augusto, indictione secunda. Vobis viris[1]) idest Rachinpertus v. v. archipresbiter sancte mediolanensis ecclesie, et Rumoaldo item presbiter, quas per presente cartulam pro Dei amore statuo adque confirmo essint hirogatariis[2]) meis, vel cuique aut qualiter subter commoravero,[3]) vel meae suggesserit voluntatis. Ego in Dei nomine Teutpaldo, filius bone memorie Adroaldi de villa Noniani, presens presentibus dixi:[4]) Dominus omnipotens animam quam condedit, ad studium salutis semper invidat, ideoque ego qui supra Teutpald manifestum abeo legibus vivens Langobardorum, et sine filio vel filia legitimo esse invenio: pro ideo primis omnium volo adque instituo, et per presente cartula hordinationis meae confirmo, ut[5]) presenti diae ovitus meis, si sine filio aut filia legitimo mortuo fuerit, et aliter non remutavero,[6]) tunc volo ut presenti diae post meo dicessum deveniat in jura et potestatem[7]) suprascriptorum herogatariis meis omnibus movilibus rebus,[8]) quidquid a diae ovitus meis reliquero, et jure pertinente inventum fuerit, una cum medietatem de omnibus rebus meis tam casis, edificiis, areis, curtes, ortos, usis aquarum, clausuris, campis, pratis, pascuis, vineis, silvis, tam in ipso loco et fundo villa Noniani, vel per aliis singolisque locis positis meo jure pertinente, ut dictum est; ipsa movilias ex integrum[9]) cum medietatem de inmovilibus rebus meis deveniat in potestatem suprascriptorum herogatoriis meis potestative dandum et venundandum cuique voluerint: et pretium exinde acceptum dispargantur sibe per presbiteros, et in elemoneis pauperum pro missas et remedium anime meae seo parentorum meorum,[10]) ut

[1]) Adresse, Empfänger der carta: S. 20. — [2]) S. 48. — [3]) = commemoravero. — [4]) Vgl. Brunner, Urkunde S 21, 98. — [5]) S. 57 [20]. — [6]) S. 12 f., 60 [5], 107. — [7]) S. 60 [3]. — [8]) S. 53 [6]. — [9]) S. 49 [11]. — [10]) S. 47, 66 f.

nobis proficiat ad salutem. Reliqua vero medietatem de rebus meis, qod est in movilibus, confirmo ut dum genetrix mea Alperga vixerit post meum ovitum, in ejus sit potestatem, tantumodo dum vivit, usufructuario[11]) nomine abendum, et faciendum de ipsum usufructum pro mea et sua animam legibus qod voluerit a meo jure firmatum. Post vero ejus dicessum ad suprascriptis herogatoriis meis, vel cui ipsis herogatoriis meis statuerit, deveniat potestatem[12]) venundandum, et pretium exinde acceptum pro anime nostre remedium dispargendum; et si hoc pervenerit, cui ipsis herogatariis rebus meis venundaverint, tantum[13]) breve receptorio[14]) exinde emittat, et exempla de presente mea hordinationis[15]) dare debeat, et sic illis emtoribus firmis permaneat, tamquam si ego me (t) vivens exinde legitima cartulam vinditionis emissi.[16]) Nam dum ego qui supra Teutpald vixero, omnia in mea reservo potestatem faciendum et judicandum comodo aut qualiter voluero, et si aliter non remutavero, omnia et in omnibus post meo ovitum in eo hordinem, qualiter supra statui, justa lege firmis et stabilis debeat permanere,[17]) quia in omnibus sic decrevit mea bona voluntas. Actum Mediolani.

Signum † manus Teutpaldi, qui hac cartulam hordinationis fieri rogavit, et ei relecta est.

† Ego Rachibertus de Cuciaco in hanc hordinacione rogatus ad Teopaldo testis subscripsi.

† Ego Anselmus de Cavaliaco in hanc hordinacione rogatus ad Teupaldo testis subscripsi.

† Ego Petripert filio conda Petri munetario in hanc hordinacione rogatus ad Teupaldo testis subscripsi.

Signum † manus Dominici monetario civitatis Mediolani teste.

Signum † manus Ariberti filii suprascripto Dominici monetario teste.

† Ego Ambrosius scriptor hujus cartule hordinationis rogatus ad suprascripto Teutpaldo post rovorata[18]) complevi et dedi.

---

[11]) S. 30 f. — [12]) S. 112 [19]. — [13]) S. 74 [33 u. 34]. — [14]) S. 72 ff. — [15]) S. 92 f. [16]) S. 72 [26]. — [17]) S. 61. — [18]) S. 19 [24].

## 4.

### Vergabung durch den Treuhänder an den ihm bezeichneten Destinatär.

Jahr: 1049, Ausstellungsort: Rom.

Regesto di Farfa IV nr. 880.

In nomine Domini Dei Salvatoris nostri Ihesu Christi. Anno primo pontificatus domini nostri leonis noni papae. Et imperantis domini nostri heinrici a deo coronati magni imperatoris anno III°. Indictione III, Mense octobris, Die XIIII. Certum est nos franconem nobilem virum et qui vocatur de domina rosa, seu guidonem item nobilem virum, ambos socios[1]) de subscripta re et fidei commissarios[2]) atque testamentarios[3]) cuiusdam iohannis muti bonae memoriae, qui ad se in exitu suo nos venire iussit,[4]) et coram testibus depraecatus est atque supplicavit[5]) ut subscriptam terram post diem transitus sui per chartam donationis concessissemus atque confirmaremus pro anima suprascripti nostri testatoris[6]) in subscripto monasterio.[7]) A praesenti enim die pro eius anima donamus cedimus tradimus et irrevocabiliter largimur, propria, spontanea nostraque voluntate vobis, domne Berarde domini gratia vir venerabilis praesbiter et monache atque eximie abba monasterii sanctae dei genitricis semperque virginis Mariae dominae nostrae, quae ponitur in territorio sabinensi iuxta montem in acutiano in loco qui appellatur pharpha, vestrisque successoribus in perpetuum, et per te in cunctis aliis praesbiteris et monachis qui in ipso monasterio modo ordinati sunt et usque in perpetuum intraverint, ut in usu et salario vestro vestrorumque successorum sit et in potestate, pro dei omnipotentis amore mercedeque et redemptione animae suprascripti nostri testatoris. Proinde remuneramus et donamus in suprascripto monasterio et vobis: Idest totam terram cum vineis et silvis, domibus, hortis, arboribus pomorum et caeteris pomiferis fructiferis vel infructiferis, diversique generis, tam in montibus quamque in planietibus appendicibusque suis, sicuti tota in integrum pertinuit suprascripto nostro testatori,

---

1) S. 140. — 2) S. 96. — 3) S. 18[16]. — 4) S. 25. — 5) S. 58[25]. — 6) S. 18[17]. 7) S. 49 f., 67[11].

et ad manus suas hactenus usque in suum decessum detinuit[8]) in subscriptis locis, nomine serranus et verrucule atque cavalta, vel si quibus aliis vocabulis nuncupantur.[9]) Exceptamus de ipsa terra unum casalem qualem socer nostri testatoris tollere voluit.[10]) Et alium diuidium casalem in sancta Maria a via lata. Et quartum[11]) quod noster testator dedit ad suam coniugem. Tota in integrum alia volumus ut sint omnia in suprascripto monasterio pro anima nostri testatoris. Iuris cui existens, sic in integrum quomodo quondam noster testator nobis commisit atque disposuit, ita nos in suprascripto monasterio concedimus atque contradimus sicuti superius legitur. Ut a praesenti die habeatis in suprascripto monasterio, teneatis, possideatis et fruamini, ad usum et salarium vestrum vestrorumque successorum sit et potestatem. Et numquam a nobis neque ab haeredibus nostris neque a nobis submissam magna parvaque persona vobis contradicantur. Etiam si opus fuerit contra omnes homines stare nos una cum haeredibus nostris et defendere promittimus omni in tempore gratis.[12]) Et haec omnia adimplere promittimus. Nam, quod absit, si contra haec quae superius notata sunt vel ascripta leguntur, agere praesumpserimus et cuncta non observaverimus, tunc daturos nos promittimus una cum haeredibus nostris[13]) vobis vestrisque successoribus ante omne litis initium poenae nomen auri cocti libram I.[14]) Et post poenam absolutam manentem huius chartae maneat firmitas.[15]) Quam scribendam rogavi iohannem scriniarium sanctae romanae aecclesiae. Signa † † manuum suprascriptorum franconis et guidonis nobilium et fidei commissariorum atque rogatorum. † Iohannes nobilis vir de duranto. † Rainerius nobilis vir germanus eius. † Ilperinus nobilis vir de bonizo oricluto. † Leo vir magnificus de azo de spampino vocatus. † Stephanus vir magnificus de iohanne de polla vocatus. † Ego iohannes scriniarius sanctae romanae aecclesiae[16]) complevi et absolvi.

---

[8]) S. 109. — [9]) S. 53 [5]. — [10]) S. 112. — [11]) Morgincap, vgl. z. B. Liutpr. 7. [12]) S. 114 [32]. — [13]) S. 134 [5]. — [14]) S. 126. — [15]) Vgl. S. 131 [41]. — [16]) S. 19.

## 5.

## Letztwillige Verfügung. Rechtsstreit um ihre Echtheit zwischen Treuhänder und Erben. Verwirkung der angedrohten Strafe.

Jahr: 1028, Ausstellungsort: Salerno.

Codex diplomaticus Cavensis V nr. 797.

† In nomine domini, decimo anno principatus domni nostri guaimari filii domni guaimari gloriosus princeps, mense ianuarius, undecima indictione. Ante me ragemprandus iudex coniunti sunt petrus filius iaquinti de correiano et mulier nomine cara, que fuit uxore ipsius iaquinti et est matrinea ipsius petri, una cum ipsa cara esset amato[1]) filio suo et filio predicti iaquinti, et ipse petrus filius fuit sice anteriore uxore ipsius iaquinti, et per ipsi mater et filius ostensum est unum scriptum; et, dum illum relegere fecimus, continebad:

in nomine domini anno tricesimo quarto principatus domni nostri guaimari, et quarto anno domni guaimari eius filii, gloriosi principibus, mense aprilis, quinta indictione. declaro ego iaquintus filius petri de correiano a mangna infirmitate esse deprensu, in lectulo meo iacente aduc recte loquente,[2]) cogitabi, ne subito die mortis mihi ebeniad, et rebus et causam meam iniudicatam relinquam, et palamfacio abere tres filii, unum nomine petrus que genuit in sicaita que fuit priore uxore mea, et ipsi alii qui sunt filii de ista uxore mea, que modo abeo nomine cara, unum de ex illi nomine amatulo et alium nomine risulo, similiter et abeo due filie de ista uxore mea nomine gemma et dibitia. In primis iudico et statuo, ut ipsa uxore mea tollant et abeant usumfructum super suum morgincap, de quantum per legem[3]) ei iudicare et relinquere potuero, in casis mee diebus bite sue residendum, et rebus mea frudiandum, et de ipso frudium faciendum omnia que boluerit; et si nubserint vel mortua fuerint, ipsum usumfructus perbeniant ad potestatem ad ipsa eredes meas, faciendum que boluerit; seu et palamfacio, quoniam ipsius petri filio

[1]) als Muntwalt seiner Mutter: S. 132 [43], — [2]) Liutpr. 6: S. 14 ff. Zweifel über die Zweiseitigkeit der hier vorliegenden Verfügung: S. 121, 131 [30], 27 [47]. — [3]) Liutpr. 7, 102 (103).

meus dedit sortione de omnis mea hanimalia et de casa et de organea, postquam ei uxore dedi[4]): ad ipse filie me iudico, ut dentur ipse tres filii mei vel eorum eredes ad ipsa filia mea, qui est infirma, si non maritaberit, diebus bite illius per omnis annum sex tertiaria de granum, et unum tertiario de legumen.....[5]) Ipsa halia filia mea dentur ipsi filii mei, quando se maritaberit, caldara frexoria, catena, petine da linum; et relinquo ipsorum filie mee ana quinque solidi, et genca una, et uno asino abeant ipsi infantuli filii mei communiter cum ipse filie mee et uxore mea, et iudico pro mea hanima solidos sex quod relinquo ipsius uxori mee, et de ipsi solidi quod dare debent pro mea hanima[6]), deant exinde ad ipsa filia mea infirma tari quatuor super ipso aliut, quod superius ei iudicabit, et relinquo ipsius cas(r)e uxori mee solidos octo qui sunt propri eius, quod tulit de quarta sua, quod ei pertinuit da halio viro eius qui abuit ipse petrus filius meus, tollant ante sorte quarta qui fuit de genetrice eius. Ec omnia, sicut superius iudicabit, in manum illum commisit[7]) alexandri germani mei et ipsius care uxori mee, de qua ego superius dictus iaquintus obligo ipsa heredes meas, ut si aliquit de omnia, quod superius iudicabi et disposuit, aliquit exinde remobere aut contrare quesierint et, sicut dictum est, non adimpleberint,[8]) ad componendum siant obligati[9]) ipsa eredes meas componere ipsorum distributores[10]) meis, vel cui unc scriptum in manum paruerit,[11]) biginti auri solidi constantini,[12]) et, sicut superius legitur, firmiter permanerent;[13]) verumtamen memoramus, quoniam de ipso pretium ipsius care uxori mee datum inde abeo ad prode marie filia iohanni bocalupo de correianu tari quatuordecim, sicut ipso brebem continet, qui scriptum est per ademmari notarium, et per alium brebem datiu exinde abeo disigi filio mari de ipso locum tari alii decem, scripto brebem ipsum per dauferi notarium, et duo alii brebri, quod illa prestabi de ipso pretium in suo nomine quod toti supradicti brebri fuerunt de ipso pretio suo, quod tulit de quarta sua de alio viro suo, et ipso pretium quod dare dixit ipsorum filie mee, sicut supra legitur, recolligant illut

---

[4]) S. 99 [20]. — [5]) Folgt weitere Aufzählung der für die kranke Tochter bestimmten jährlichen Leistungen. — [6]) S. 47 [4]. — [7]) S. 129 [35], 131 [39]. — [8]) S. 120 f. — [9]) S. 50 [16], 122 ff. — [10]) S. 48 [6]. — [11]) S. 137 [23], 142 [38]. — [12]) S. 127 [25]. [13]) S. 131 [41].

ipsi distributores mei, seu cui unc scriptum in manum paruerit, et deant illum ipsorum filie mee, faciendum que boluerint,[14]) et taliter scribere rogabimus te dauferius notarius, actum salerno. Ego mirandus notarius me subscripsi. Ego radeghisi notarius me subscripsi.

Et cum fuit relectum supradictum scriptum, dixit ipse petrus falsum esset: ipsi mater et filio dixerunt beracem esset; unde inter eis iudicabit et utrisque illis guadiare fecit, ut ipse petrus parare sancta dei evbangelia, et ipsa mater et filio secundum legem ipsum scriptum adberarent, et ubi taliter illum adberaberint, tuc ipse petrus presens componat ipsorum mater et filio ipsi biginti solidi constantini, que ipso scriptum continet;[15]) unde ipsa mater et filio posuerunt mediatorem alexandro filio ciceri, et ipse petrus posuit ei mediatorem muscato filio predicti ciceri. Et pro parte ipsorum mater et filii scribere fecimus te iaquintus notarius.

† Ego qui supra ragemprandus iudex.

## 6.

## Testament mit Erbeneinsetzung und Bestellung von Universalexekutoren.

Jahr: 1316, Ausstellungsort: Villa Alture im Distrikt von Ravenna.

Fantuzzi, Monumenti Ravennati III nr. 108.

In Christi Nomine etc. Ind. XIV. Nobilis Miles Dominus Lambertus filius quondam Egregii Militis Domini Guidonis quondam Domini Lamberti de Polenta sanus mente licet corpore Languens, volens dispositioni Bonorum suorum salubriter providere, presens testamentum nuncupativum sine scriptis facere procuravit. In quo quidem reliquit pro Anima sua[1]) de Bonis suis post hobitum suum centum libras Rav. de quibus reliquit Decimum Ecclesie majori de Rav. pro absolutione Decimarum. Item de predictis 100 libris voluit et mandavit fieri expensas necessarias circa obsequias funeris et sepolture sue quam quidem

[14]) S. 118 [9]. — [15]) S. 125, 132 [42]. — [1]) S. 170 [12].

sepulturam sibi elegit si in Civ. Ravenne vel alibi in Provincia Roman. vel in Civitate Bonon. moreretur apud Ecclesiam Canonicae S. M. in portu foris Rav. . . . . . .[2]) Item reliquit de aliis suis bonis, Conventui Fratrum Minorum de Ravenna 25 lib. Rav. ut ipsi pro Anima sua teneant . . . . . . . . . . . . . . . .[3]) Item reliquit de aliis suis Bonis 100 lib. Rav. dandas illis Personis quas nominavit et dixit[4]) ser Ioanni Tabbellionis Comissario[5]) suo. Et ad pred. omnia exequenda et executioni mandanda suos Commissarios et dicti sui Testamenti Executores[6]) constituit et decrevit Priorem Conventus Fratrum Predicatorum de Rav. qui nunc est vel per Tempora fuerit,[7]) Guardianus conventus Fratrum minorum de Rav. qui nunc est vel per Tempora fuerit, Dominum Presbiterum Guidonem Rectorem Ecclesie Sanctorum Fabiani et Sebastiani et Ser Ioannem Tabellionem de Rav. et quemlibet eorum si omnes vixerint tempore mortis sue, alias viventes dictum officium[8]) exequantur et exequi possint, concedens ipsis Commissariis suis et cuilibet[9]) eorum plenam et liberam potestatem et mandatum quod ipsorum authoritate[10]) accipiant et accipere possint Equos et Equas suas Pecudes et Arma et alia Bona sua mobilia et immobilia et se moventia de quibus voluerint et ipsa Bona vendere distrahere allienare obligare de pretio convenire illud recipere, Possessionem tradere, et de ed(v)ictione cavere, et ob id certa Bona obligare et omnem in eis et super eis contractum facere et perficere quemadmodum ipse vivens facere posset pro pred. omnibus et singulis exequendis nec non dans et tribuens eisdem super omnibus et singulis supradictis Generale mandatum cum plena et libera administratione. . . . . . .[11]) In omnibus autem aliis suis Bonis Mobilibus et Immobilibus se moventibus superius non judicatis, juribus et actionibus suis ubicunque positis et ad eam pertinentibus, expectantibus quoquo modo vel jure, filios suos Masculos si qui nascentur tempore vite ipsius testatoris, vel . . . . . . .[12]) pervenientes, nascentes ex d. vel alia Legittima Uxore sua sibi

---

[2]) Folgen Bestimmungen über das Begräbnis. — [3]) Weitere sehr zahlreiche Goldvermächtnisse an kirchliche Anstalten u. dergl. — [4]) S. 172 [17]. [5]) S. 163 [8]. — [6]) S 154 f. — [7]) S. 203 [3]. — [8]) S. 207 [1]. — [9]) S. 205 [19]. — [10]) S. 177, 200 [6], 201. — [11]) Folgen weitere Legate. — [12]) Lücke.

Heredes Equis portionibus instituit . . . . . . . .[13]) Et voluit et mandavit quod heredes sui vel quicumque alii non possint modo aliquo sive jure inquietare vel molestare vel impedimentum aliquod prestare publice vel occulte aliqua causa vel ingenio Commissariis suis predictis quando pure et libere dictum officium possint exequi et executioni mandare et si aliqui d. Commissarios suos in executione d. testamenti quomodolibet impedierint molestaverint, vel inquietaverint, quominus d. Officium libere exequantur, ipsos et quemlibet eorum impedientes molestantes aut inquietantes d. suos Commissarios ex tunc hereditate et legatis in eo testam. relictis privavit, et sicut indignos cassavit eos et quemlibet eorum a partecipatione d. hereditatis et d. Legatorum ita quod de Bonis suis nihil possint percipere[14]) et ex tunc in eo casu instituit sibi heredes in duabus partibus Bonorum que ex successione vel hereditate aut ex legatis deberent vigore d. Testamenti pertinere ad inquietantes molestantes vel impedimentum prestantes suis comissariis supra dictis pauperes Christi de Rav. quos dixerint et nominaverint Commissari sui pred., et Conventum Fratrum Predicatorum de Rav. in tertia Parte predictorum Bonorum . . . . . . . . . . . . . . . . . . .[15]) Actum in Villa Alture districtus Rav. in Domo seu Tumba d. Domini Lamberti posita in d. Villa presentibus Domino Fillippo Rectore Ecclesie S. Sixti de Santerno, Magistro Pellegrino Medico, Magistro Francischino de Imola Medico, Magistro Compagno de Ferraria Medico, Cambio de Artusinis Not., Dom. Bonetti, Boletta de Ugulis, Mezzofilio Philippi de Ferraria, et aliis testibus ad hec vocatis et rogatis a d. testatore.

Ego Guido Ravaldus Rav. Imp. auctoritate Notarius predictis omnibus presens fui et ut superius legitur rogatus a dicto testatore subscripsi et publicavi.

---

[13]) Folgen Substitutionen. — [14]) S. 200 [6]. — [15]) Folgt Kodizillarklausel.



# Quellenregister.

(Die grosse Ziffer bedeutet die Seite, die kleine Ziffer die Note).

## 1.

## Liber legis Langobardorum Papiensis dictus.

(citirt nach Ed. Boretius in M. G. Leges IV S. 290 ff.)

## 2.

## Andere Volksrechte.



## 3.

## Stadtrechte.



## 4.

## Corpus iuris canonici.

(ed. Friedberg).

## 5.

## Corpus iuris civilis.

(ed. Mommsen, Krueger, Schoell.)

Druck von Otto Hilliger in Altwasser.



